

LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES REALIZADOS POR LOS FUNCIONARIOS DE POLICIA JUDICIAL FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

LUZ MERY MONTEALEGRE RUBIANO

UNIVERSIDAD LIBRE
Maestría en Derecho Penal
Bogotá – 2011

LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES
CORPORALES REALIZADOS POR LOS FUNCIONARIOS DE
POLICÍA JUDICIAL FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y
A LA EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

LUZ MERY MONTEALEGRE RUBIANO

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ
Director de Investigación

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que de una u otra forma contribuyeron a este logro, a mi familia, que siempre ha sido el motor de mis éxitos; al Dr. ALFONSO DAZA GONZÁLEZ, quien me dio todas las directrices con excelencia y compromiso; a mis compañeros de oficina, a los Drs. JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ GUTIÉRREZ y NORBERTO FERRER BORJA, quienes con su apoyo han constituido aspecto importante, para avanzar en mi actividad académica.

DEDICATORIA

A mi familia por su gran amor y apoyo y porque son ellos mi razón hacia el éxito.

TABLA DE DE CONTENIDO

	P
A. PREFACIO.....	1
B. INTRODUCCIÓN	5
C. ASPECTOS PRELIMINARES.....	8
CAPITULO I	15
LAS FUNCIONES DE POLICÍA EN EL DERECHO COLOMBIANO Y LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES, SEGÚN LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA Y LA JURISPRUDENCIA	15
1. LAS FUNCIONES DE POLICIA JUDICIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO - ASPECTOS GENERALES	15
1.1. CONCEPTO DE POLICÍA JUDICIAL	15
1.2. ORGANISMOS CON FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL	18
1.2.1. FUNCIONES PERMANENTES DE POLICÍA JUDICIAL.....	18
1.2.2. FUNCIONES SUPLETORIAS DE POLICÍA JUDICIAL	28
1.2.3. FUNCIONES PERMANENTES ESPECIALES DE POLICÍA JUDICIAL	29
1.2.4. FUNCIONES TRANSITORIAS DE POLICÍA JUDICIAL	31
1.2.5. ORGANIZACIONES DE POLICÍA JUDICIAL INTERNACIONAL	31
1.2.6. ÓRGANOS DE APOYO TÉCNICO – CIENTÍFICO.....	32
2. LOS REGISTROS PERSONALES Y LAS INSPECCIONES CORPORALES SEGÚN LA LEGISLACION PENAL INTERNA Y LA JURISPRUDENCIA.....	33
2.1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL SER HUMANO COMO ACTOR DEL PROCESO PENAL.....	33
2.2. CONCEPTO DE INTERVENCIONES CORPORALES	36
2.2.1. CONCEPTOS DOCTRINALES	36
2.2.2. REGULACIÓN LEGAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO .	38
2.2.3. LAS INTERVENCIONES CORPORALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS	50
2.3. REQUISITOS LEGALES DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES .	55
2.3.1. INSPECCIÓN CORPORAL.....	56
2.3.2. REGISTRO PERSONAL.....	57

2.3.3. OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO ..	59
2.3.4. RECONOCIMIENTO Y EXÁMENES FÍSICOS EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES	60
2.4. CONTROL DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES	61
2.5. ALGUNAS INTERVENCIONES CORPORALES ESPECÍFICAS Y SU PROCEDENCIA	62
2.5.1. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA	62
2.5.2. EXTRACCIÓN DE MUESTRAS DE SANGRE	64
2.5.3. INSPECCIÓN CORPORAL O CACHEO.....	65
2.5.4. EXTRACCIÓN DE CABELLOS	67
2.5.5. EXPLORACIONES RADIOLÓGICAS	67
CAPITULO II.....	68
EL DERECHO A LA INTIMIDAD CONSAGRADO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU INCIDENCIA EN LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES SEGÚN LA SENTENCIA C-822 DE 2005....	68
2.1. PRACTICA COACTIVA DE MEDIDAS DE INVESTIGACION SOBRE EL CUERPO DEL IMPUTADO, VICTIMA O DE TERCEROS	68
2.1.1. PRINCIPIO DE IDONEIDAD.....	74
2.1.2. PRINCIPIO DE NECESIDAD.....	75
2.1.3. LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	76
2.2. VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES, DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FISICA O DE OTROS DELITOS EN LOS CUALES SEA NECESARIO EL RECONOCIMIENTO FISICO O LA EXTRACCION DE MUESTRAS CORPORALES DE LAS VICTIMAS	78
2.2.1. EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS	78
2.2.2. LA COMISION SOBRE LA PREVENCION DE DELITOS SOBRE LA JUSTICIA PENAL DE LA ONU.....	80
2.2.3. EL INFORME FINAL DEL RELATOR ESPECIAL PARA LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS	82
2.2.4. EL CONTEXTO EUROPEO	83
2.2.5. LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	85
2.2.6. LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	86
CAPITULO III	87
LA EXCLUSION DE LA EVIDENCIA Y DEL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO, ESPECIFIAMENTE EN	

LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES.....	87
3.1. AUTORIZACION JUDICIAL PREVIA PARA LAS INTERVENCIONES CORPORALES, SEGÚN LA SENTENCIA C-822 DE 2005	87
3.1.1. INSPECCION CORPORAL Y REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA	90
3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INSPECCION CORPORAL	96
CAPÍTULO IV	
EL REGISTRO PERSONAL Y SUS REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA .	100
4.1. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REGISTRO PERSONAL REALIZADO BAJO LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL ARTICULO 248 DE LA LEY 906 DE 2004.....	107
4.2. EL REGISTRO PERSONAL COMO MEDIO IDONEO PARA RECUPERAR ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS	108
4.3. EL REGISTRO PERSONAL Y LA PROPORCIONALIDAD	109
CAPITULO V	
LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL Y LA EXCLUSIÓN	111
5.1. LA PRUEBA ILÍCITA	111
5.2. LA PRUEBA ILEGAL.....	114
5.3. LA EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA Y EL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO	115
5.3.1. EL PRINCIPIO DE LA EXCLUSION PROBATORIA	116
5.3.2. EL DEBIDO PROCESO Y LA CLAUSULA DE EXCLUSION PENAL: CONCEPTO Y OBJETO	119
5.3.3. LA EXCLUSION EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA	123
5.3.4. LA EXCLUSION DE LA PRUEBA ILICITA O ILEGAL	126
5.3.5. CONSECUENCIAS DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS	127
6. CONCLUSIONES	129
7. BIBLIOGRAFÍA.....	134

A. PREFACIO

Fueron varios los motivos de impulso en esta investigación, tanto a nivel personal como institucional, porque el tema de la policía judicial, sus funciones y directamente lo que tiene que ver con las intervenciones corporales, sus requisitos legales y las razones que generan su exclusión, atañe a las funciones desempeñadas en el ámbito de la administración de justicia y los resultados de ésta, son un verdadero apoyo para la invaluable labor de los servidores adscritos a la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, entre otras entidades, así como para las partes e intervinientes en el proceso penal, los estudiantes de derecho y la ciudadanía en general, entre otros.

Lo anterior, atendiendo que en Colombia no hay un órgano de policía judicial sino varias entidades del Estado con esa función y en el sistema penal acusatorio la Policía Judicial tiene la labor de recopilar las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios que pueden constituir la prueba base en el juicio para una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria, y se debe conocer cómo se debe proceder para no llegar a medidas extremas, en detrimento de la administración de justicia, por una labor desarrollada de manera irregular.

Este trabajo ubica al lector cómo debe ser el desempeño de la Policía Judicial, cuál debe ser su ámbito de competencia, los efectos de sus actos, cuál es el trámite para llevar a cabo una intervención corporal, por eso, se tratan varios temas que llevan al mismo punto, a

determinar cómo debe ser su labor para la efectividad, sin entrar en choque, para que el elemento material probatorio o evidencia física, sean debatidos en el juicio oral y no vayan a ser objeto de exclusión en el proceso penal.

Para lo anterior, se establecieron las diferencias entre el registro personal y la inspección corporal, cuándo se realiza a la víctima, al procesado o terceros y con qué finalidad, e igualmente lo relativo a algunas intervenciones corporales como la prueba de alcoholemia, extracción de muestras de sangre, cacheo, extracción de cabellos, exploraciones radiológicas, entre otras.

A partir de los conceptos de la doctrina y la jurisprudencia y de la Corte Constitucional Colombiana, se hace un análisis de los derechos fundamentales afectados con estos procedimientos (dignidad humana, libertad personal, intimidad, integridad personal, la no auto incriminación, autonomía personal, derecho a la salud, etc.), los requisitos legales para la procedencia y su control.

Sí se conoce el significado del derecho fundamental a la intimidad frente los registros personales e inspecciones corporales, desde lo estudiado en la sentencia C-822 de 2005, - que declaró exequibles los artículos 247, 249 y de manera parcial el artículo 250, con sus respectivas aclaraciones e inexequibles algunas expresiones de los artículos 248 y 250 de la Ley 906 de 2004-, tanto el funcionario de policía judicial, como el Juez de Garantías, el de Conocimiento, la defensa, la víctima, el procesado, Ministerio Público, y demás partes e intervinientes, van a tomar las decisiones de rigor o a entender porque el funcionario competente ordena o no una medida que restrinja derechos fundamentales o excluya una evidencia

física o un elemento material probatorio.

Para la comprensión de las intervenciones corporales de la víctima se hizo el estudio a partir de los instrumentos internacionales, lo que ha dicho el Sistema de las Naciones Unidas, La Comisión sobre Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal de la ONU, el Relator Especial para la Comisión de Derechos Humanos, el Contexto Europeo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Jurisprudencia de los Estados Unidos, entre otros.

Con el estudio de la exclusión de la evidencia y del elemento material probatorio, se buscó dotar de herramientas en el sistema penal acusatorio para evitar esta sanción generadora de consecuencias graves en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, porque sí se cuenta con un material de suma importancia para la absolución o condena de una persona, la misma no va a ser tenida en cuenta por carecer de los requisitos de legalidad y licitud.

Es importante destacar que para desarrollar la investigación, se tuvo en cuenta la jurisprudencia colombiana sobre las intervenciones corporales y la exclusión de la evidencia y el elemento material probatorio, a partir de la prueba ilícita o ilegal, fundamentada en el Acto Legislativo 03 de 2002, la Constitución Política de Colombia, la Ley 906 de 2004, vigente en el actual sistema penal acusatorio y los Derechos Humanos, entre otros.

Razón fundamental también de este estudio fue a partir de los trabajos realizados por el Dr. ALFONSO DAZA GONZÁLEZ, sobre Policía Judicial - el módulo de formación para el C.T.I. y el de Prueba Obtenida con violación a las Garantías Fundamentales y su exclusión- además la

motivación de este excelente profesional que también brindó la orientación en general, para la culminación del trabajo, desde la parte metodológica hasta la de contenido, razón por la cual desde ya se agradece su invaluable apoyo en gestiones para la superación intelectual de profesionales como el autor de esta tesis.

B. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación se propone dar a conocer aspectos relacionados con las funciones desarrolladas por la Policía Judicial en forma general y de manera específica cuando realizan inspecciones corporales y registros corporales, también un análisis del derecho a la intimidad, consagrado en la Constitución Política de Colombia desde lo estudiado por la Jurisprudencia Colombiana y los Instrumentos Internacionales, así como la exclusión de la evidencia física en el proceso penal colombiano en vigencia de la Ley 906 de 2004 y finalmente un estudio integrado de los temas, para determinar la ponderación de los derechos y la necesidad de la verdad en busca de la justicia.

La importancia del estudio radica, en la necesidad de contar con más trabajos en Colombia, sobre el tema específicamente a tratar, como los que ha venido haciendo el Investigador, Dr. ALFONSO DAZA GONZÁLEZ, el escritor GUILLERMO AUGUSTO ARCINIEGAS MARTÍNEZ y nuestra H. Corte Constitucional.

Será una investigación eminentemente teórica, pues busca analizar a partir de las diversas fuentes, el tema de la Policía Judicial, sus funciones y precisamente las que tienen que ver con los registros personales inspecciones corporales, relacionadas con el derecho a la intimidad y su incidencia en el proceso penal.

Se busca con la obra, que el lector al finalizar ésta, tenga claridad sobre qué es la policía judicial, cuáles son sus funciones en el derecho colombiano en cada una de sus especialidades y formas (permanente, supletoria, especiales, transitorias, etc.), cuáles cumplen los diferentes

organismos – C.T.I., Policía Nacional, Aduanera, de Infancia, de Tránsito, D.A.S., etc. - también sobre la diferencia entre el registro personal y la inspección corporal y cuándo se realizan a la víctima, al procesado o terceros y con qué finalidad, e igualmente lo relativo a algunas intervenciones corporales como la prueba de alcoholemia, extracción de muestras de sangre, cacheo, extracción de cabellos, exploraciones radiológicas, entre otras.

También se pretende que el lector conozca los conceptos de la doctrina y la jurisprudencia sobre las intervenciones corporales, así como el enfoque de la Corte Constitucional Colombiana frente al análisis de los derechos fundamentales afectados con estos procedimientos (dignidad humana, libertad personal, intimidad, integridad personal, la no auto incriminación, autonomía personal, derecho a la salud, etc.), los requisitos legales para la procedencia y el control.

Igualmente, se busca ilustrar sobre el derecho a la intimidad en contraste con los registros personales e inspecciones corporales, desde lo estudiado en la sentencia C-822 de 2005 que declaró exequibles los artículos 247, 249 y de manera parcial el artículo 250, con sus respectivas aclaraciones e inexecutable algunas expresiones de los artículos 248 y 250 de la Ley 906 de 2004. En el análisis del derecho a la intimidad se profundizará sobre los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Se hará el enfoque de los instrumentos internacionales cuando la víctima sea objeto de estas intervenciones corporales, lo expuesto por el Sistema de las Naciones Unidas, La Comisión sobre Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal de la ONU, el Relator Especial para la

Comisión de Derechos Humanos, el Contexto Europeo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Jurisprudencia de los Estados Unidos, entre otros.

La Investigación finalizará haciendo el estudio de la exclusión de la evidencia y del elemento material probatorio, específicamente en los registros personales e inspecciones corporales, para lo cual se debe registrar por qué debe existir una autorización previa, los requisitos para la procedencia, por qué se produce su exclusión haciendo el estudio de la prueba ilícita e ilegal, se hace un estudio de la audiencia preparatoria, como momento procesal para solicitar la exclusión y se dan a conocer las consecuencias de esa decisión radical en el proceso.

C. ASPECTOS PRELIMINARES

1. LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. LA PREGUNTA

¿Los registros personales y las inspecciones corporales realizadas por los funcionarios de policía vulneran el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución Política Colombiana? y ¿pueden tener implicación en la exclusión de la evidencia en el proceso penal en vigencia de la Ley 906 de 2004?.

La legislación permite estas inspecciones corporales y registros personales, como lo consagra la Ley 906 de 2004, así:

En su artículo 247 autoriza la Inspección Corporal por parte de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación cuando tengan motivos razonablemente fundados, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación.

En el artículo 248 se señala que, tanto la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, - en caso de captura - como la Fiscalía, al inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

El artículo 249 señala que, para la obtención de muestras que involucren al imputado, cuando a juicio del fiscal resulte necesario para los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen

grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, como los tratados internacionales de Derechos Humanos, protegen el derecho a la intimidad de los individuos, es por esa razón que se debe determinar cuándo es permitido vulnerar ese derecho a la intimidad por los funcionarios de Policía Judicial y confrontarlo con su incidencia en el proceso penal, para la efectividad de la justicia.

Es preocupante este ámbito de discrecionalidad que se otorga a los operadores, aspecto que puede abrir la puerta a la arbitrariedad, por tratarse de medidas que afectan un derecho fundamental y deben tener un carácter excepcional y transitorio, sin embargo, de otro lado, se tiene el derecho a la justicia, en el caso de las víctimas, entonces, esta función puede implicar por un lado la vulneración de un derecho de una parte –que puede ser del implicado en la investigación- y por otra la víctima, al no contar con un proceso en el que la decisión imparta justicia y el actuar de un delincuente a quien se le amparó un derecho, su comportamiento quede en la impunidad.

Se puede presentar impunidad en el proceso penal al evitar la práctica de un registro personal o inspección corporal, dejando de incorporar a la investigación una evidencia física fundamental para debatirla en el juicio, pero también, si ésta se obtuvo con la violación al debido proceso, de manera ilegal o ilícita y tratándose del sistema penal acusatorio vigente, genera que en la audiencia preparatoria el Juez la excluya y si ésta era el fundamento de la investigación, la conducta punible quedará sin sanción punitiva.

1.2. JUSTIFICACIÓN

El estudio de los registros personales y las inspecciones corporales realizados por los funcionarios de policía judicial, relacionados con el derecho a la intimidad y la exclusión de la evidencia física o el elemento material probatorio es de importancia para los servidores judiciales del área penal, los abogados que intervienen en el proceso, la Fiscalía y la Procuraduría, pero principalmente, para quienes desarrollan las labores propias de policía judicial.

Si quienes realizan las funciones de policía judicial atinentes a los registros personales e inspecciones corporales, conocieran la trascendencia de las mismas y su incidencia en los resultados de un proceso, no se presentarían reiteradamente exclusiones de elementos materiales probatorios fundamentales en el debate del juicio oral.

Con el estudio a realizar se va a dotar a los Jueces de Garantías, como al de Conocimiento, al Fiscal, a la Policía Judicial, al Defensor a la víctima y a todos los intervinientes, de material de apoyo para el desenvolvimiento de su rol en cada una de las etapas de la investigación, en lo que tiene que ver, con el tema a desarrollar.

Sí las partes e intervinientes en el expediente tienen claras sus funciones y como desarrollarlas, respecto a la recolección de evidencias sin violación de derechos y garantías fundamentales y en este caso lo que tiene que ver con los registros personales e inspecciones corporales, sin transgredir el debido proceso y conforme al ordenamiento jurídico preestablecido, no se van a presentar exclusiones de evidencias en la audiencia preparatoria y menos aún se va a caer un proceso penal

por adolecer de pruebas, contribuyendo a los principios de verdad y justicia.

Si bien es cierto, existen varios libros que analizan el tema en estudio, no lo hacen de manera amplia y dedicada exclusivamente sólo a la vulneración del derecho a la intimidad frente a los registros personales e inspecciones corporales y su incidencia en la exclusión de la evidencia, sino que tocan todas las actividades desarrolladas por la Policía Judicial.

Además el estudio se divulgará en el Departamento del Tolima, en las Universidades como la Cooperativa, Ibagué, Del Tolima y a servidores de la Rama Judicial a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, con el fin de disminuir los errores en la trámite de la investigación penal y lograr eficacia en la administración de justicia y un orden social justo.

1.3. OBJETIVO GENERAL

Determinar si los registros personales e inspecciones corporales realizados por los funcionarios de policía judicial vulneran el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución Política Colombiana y su implicación en la exclusión de la evidencia física en el proceso penal colombiano, en vigencia de la Ley 906 de 2004.

1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.4.1. Determinar según el derecho colombiano quiénes realizan funciones de Policía Judicial y en qué consisten éstas.

1.4.2. Realizar en forma detallada un estudio de los

registros personales y las inspecciones corporales que pueden llevar a cabo los funcionarios de policía judicial, según la legislación penal interna y la jurisprudencia.

1.4.3. Analizar en qué consiste el derecho a la intimidad, con lo consagrado en los instrumentos internacionales y su incidencia con los registros personales e inspecciones corporales.

1.4.4. Estudiar la exclusión de la evidencia y del elemento material probatorio en el proceso penal colombiano y específicamente con los registros personales e inspecciones corporales.

1.5. DISEÑO METODOLÓGICO

1.5.1. INVESTIGACIÓN BÁSICA

Investigación de carácter jurídico desarrollada teniendo en cuenta la legislación actual colombiana - Ley 906 de 2004-, la Constitución Política y lo que ha venido exponiendo la jurisprudencia, como el derecho comparado.

También contempla los instrumentos internacionales sobre el derecho a la intimidad.

Análisis realizado teniendo en cuenta el sistema penal acusatorio colombiano, frente al derecho a la intimidad y la exclusión de la evidencia física y / o el elemento material probatorio como resultado de una inspección corporal o registro personal.

Se contó con fuentes como Judicial las ponencias del Dr. Alfonso Daza González, los módulos de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, los libros que hay sobre el tema, de diferentes autores como Guillermo Augusto Arciniegas Martínez, Nathalie Gil Rodríguez, Gustavo Ibáñez, Antonio José Cancino, Hernando Baquero Borda, Antonio Luis

González Navarro, El Manual Único de Policía Judicial del Consejo Nacional de Policía, entre otros.

Se consultó en bibliotecas de la Universidad Libre, Universidad Externado, La Gran Colombia, Autónoma y otras de Bogotá, la Universidad Ibagué, del Tolima, Cooperativa, Católica, Darío Echandía, entre otras.

Además se consultó con las bibliotecas virtuales ubicadas por INTERNET y en organizaciones que se encuentren en la red y reconocidas a nivel mundial.

También se ubicó la jurisprudencia que ha tratado el tema en Colombia, como en otros países del mundo a través de los motores de búsqueda.

1.5.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada es descriptiva, porque fundamentalmente recopiló la información existente sobre el derecho a la intimidad, las funciones de policía judicial, los registros personales y las inspecciones corporales, la exclusión de la evidencia o de la información legalmente allegada.

La información se recolectó dentro del ámbito nacional y se hizo una comparación con el derecho internacional, y finalmente se sentó un criterio de lo que se ha venido tratando.

1.5.3. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se utilizó un método teórico, con análisis y síntesis. Inicialmente se recopiló toda la información sobre funciones de policía judicial, los registros personales e inspecciones corporales, el derecho a la intimidad y la exclusión de la evidencia, a través de las diferentes fuentes – libros, tratados, jurisprudencia, escritos, bibliotecas e información virtual - luego de obtenido todo el material y

estudiado, se analizó y se realizó una conclusión personal del trabajo desarrollado.

1.5.4. FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Se investigó a través de fuentes secundarias como libros, tesis monografías, textos, manuales, diccionarios, información obtenida de las páginas Web de INTERNET.

También se tuvieron en cuenta fuentes terciarias, según las citadas por los autores estudiados.

CAPÍTULO I

LAS FUNCIONES DE POLICÍA EN EL DERECHO COLOMBIANO Y LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES, SEGÚN LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA Y LA JURISPRUDENCIA

1. LAS FUNCIONES DE POLICIA JUDICIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO - ASPECTOS GENERALES

1.1. CONCEPTO DE POLICÍA JUDICIAL

Por Policía Judicial (CPP, art. 200) se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal en el campo investigativo, técnico, científico y operativo, por iniciativa propia o por orden impartida por el Fiscal de la investigación, para recaudar los elementos materiales probatorios y la evidencia física que permitan determinar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad de los autores o partícipes (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2005 p. 23).

Los organismos oficiales y particulares están obligados a prestar la colaboración que soliciten las unidades de Policía Judicial, en los términos establecidos dentro de la indagación e investigación para la elaboración de los actos urgentes y cumplimiento de las actividades contempladas en los programas metodológicos, respectivamente; so pena de las sanciones a que haya lugar (Ley 1142, art. 49). Las investigaciones y actuaciones que ejecuta la Policía Judicial se encuentran sometidas a la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, en consecuencia, los miembros de la Policía Judicial deben acatar las directrices trazadas por ésta, por el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto a los efectos de la investigación y el

juzgamiento, por ello, en el caso "Piratería", la Policía Judicial, luego de ejecutar su actuación la pone a disposición de la Fiscalía para que ésta la analice y proceda de conformidad a lo que resulte pertinente. En cualquier caso, las autoridades de Policía Judicial deben hacer un reporte de iniciación de su actividad, para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control (CPP, art. 205).

Sobre el tema Corte Constitucional¹ analizó La actividad de policía, así: *"La actividad de policía judicial es esencialmente preventivo, que se manifiesta en medidas lícitas, razonables y proporcionadas, tendientes a la conservación del orden público. Lo cual no obsta para que en desarrollo del mandato de la colaboración armónica, previsto en el artículo 113 superior, la policía pueda actuar como auxiliar en el ejercicio de otras funciones del Estado"*

También se puede decir que es la actividad desarrollada con ocasión de la comisión de un delito, encaminada al esclarecimiento e individualización de los presuntos responsables, operación que no es característica propia de la policía aun cuando miembros de la Policía Nacional en sus dependencias especializadas puedan ser investidos de tal función (artículo 201 Ley 906 de 2004) o supletoriamente la tengan que ejercer.

También se podría decir que esas operaciones puedan encomendarse a quienes realizan, como función esencial, la prevención².

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-789, del 20 de septiembre de 2006, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

² MIGUEL LLERAS CAMARGO. Derecho de Policía. Ensayo de una Teoría General, Librería Editorial La Gran Colombia, Bogotá 1943, po 23 y ss.

Por su parte la jurisprudencia constitucional³ considera la policía judicial, como el *conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes*”, siendo una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la república).

En fin, la policía busca la preservación del orden público, pero no a toda costa, sino utilizando los mecanismos legales y constitucionales, porque si se hace fuera de ese marco se estarán violentando derechos y se podría estar incurriendo en conductas ilícitas.

Señaló la Corte Constitucional⁴ que la policía, en sus diversos aspectos, busca preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas, es incompatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades

³ Corte Constitucional, Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴ ibídem

ciudadanas sin que ello afecte el orden público.

No obstante lo anterior, los actos de investigación de campo y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial⁵.

1.2. ORGANISMOS CON FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL

1.2.1. FUNCIONES PERMANENTES DE POLICÍA JUDICIAL

Facultad atribuida a los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación –CTI–, Policía Nacional y Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, para realizar en forma continua actuaciones de apoyo a la investigación penal.

- El cuerpo Técnico de Investigación es la policía natural de la Fiscalía General de la Nación y sus funciones están prescritas en los artículos 29 y 30 de la Ley 938 de 2004, así:

La Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación tiene las siguientes funciones:

1. Asesorar al Fiscal General en la definición de políticas y estrategias asociadas con las funciones de Policía Judicial, en los temas de investigación criminal, servicios forenses y de genética y en la administración de la información técnica y judicial que sea útil para la investigación penal.

2. Planear, dirigir, ejecutar y controlar las funciones de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación.

3. Asesorar científica y técnicamente las actividades

⁵ Inciso último del artículo 207 de la Ley 906 de 2004.

forenses que desarrollen las Direcciones Seccionales.

4. Organizar y controlar el cumplimiento de las políticas y estrategias de investigación, servicios forenses y de genética, y de administración de la información útil para la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación.

5. Coordinar los servicios forenses y realizar los programas tendientes a mejorar la prestación de los mismos.

6. Organizar la prestación de servicios médicos legales en los casos en que no sea posible la intervención del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

7. Velar porque las políticas de aseguramiento de los elementos materia de prueba y la cadena de custodia, se cumplan en su área, de acuerdo con las normas que los regulen.

8. Promover el intercambio de información entre los distintos organismos de seguridad a nivel nacional e internacional, para la programación y el desarrollo de operaciones contra la delincuencia.

9. Formular y elaborar los proyectos y programas que apoyen la labor misional de la entidad, con asesoría de la Oficina de Planeación.

10. Elaborar los planes operativos anuales, de acuerdo con la metodología diseñada por la oficina de Planeación y hacer seguimiento a la gestión.

11. Asesorar al Fiscal General de la Nación en el diseño y planeación de estrategias y procedimientos, en materia de

seguridad y de comunicaciones requeridos en la Fiscalía General de la Nación.

12. Llevar el control estadístico sobre los aspectos relativos al desarrollo de las investigaciones adelantadas por la policía judicial de la Fiscalía General de la Nación.

13. Coordinar con la Dirección Nacional de Fiscalías y con la Dirección Nacional Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo eficaz de la función de investigación de la Fiscalía General de la Nación.

14. Participar, en coordinación con las otras Direcciones Nacionales, en la elaboración del plan integral de capacitación de la Fiscalía General de la Nación.

15. Realizar el seguimiento a las actividades forenses adelantadas a nivel nacional.

16. Gestionar ante las dependencias correspondientes los recursos necesarios para la prestación eficaz de los servicios forenses y de investigación.

17. Dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico.

18. Realizar el seguimiento a la gestión de las Direcciones Seccionales en lo de su competencia, y tomar las medidas necesarias para su efectivo funcionamiento.

19. Las demás funciones que le sean asignadas por el Fiscal General y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

Las Direcciones Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación tienen las siguientes funciones:

1. Apoyar a la Dirección Nacional en la formulación de la política del Estado en materia criminal.

2. Planear, dirigir, ejecutar y controlar las funciones de policía judicial, de acuerdo con las directrices establecidas por la Dirección Nacional.

3. Hacer cumplir las políticas y estrategias de investigación, servicios forenses y de genética, y de administración de la información útil para la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación.

4. Coordinar las actividades investigativas y servicios forenses y realizar los programas tendientes a mejorar la prestación de los mismos.

5. Prestar apoyo técnico-científico en coordinación con los demás organismos de policía judicial, en ausencia del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

6. Velar porque las políticas del sistema de cadena de custodia se cumplan, de acuerdo con las normas que las regulen.

7. Promover el intercambio de información entre los distintos organismos de seguridad e inteligencia a nivel nacional e internacional, para la programación y el desarrollo de operaciones contra la delincuencia.

8. Elaborar los planes operativos anuales, en coordinación con la Dirección Seccional de Fiscalías y la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, de acuerdo

con las directrices de las Direcciones Nacionales y con la metodología diseñada por la Oficina de Planeación y hacer seguimiento a la gestión.

9. Llevar el control estadístico sobre las actividades desarrolladas en su jurisdicción y reportar la información a la Dirección Nacional.

10. Coordinar con la Dirección Seccional de Fiscalías y con la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo eficaz de la función de investigación de la Fiscalía General de la Nación.

11. Gestionar ante la respectiva Dirección Seccional Administrativa y Financiera, los recursos necesarios para la prestación eficaz de los servicios forenses y de investigación.

12. Dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico.

13. Adelantar las investigaciones de los delitos de competencia de la Dirección Seccional de Fiscalías y responder por su desarrollo.

14. Velar porque los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación cumplan con las normas constitucionales, legales y procedimentales y por el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso.

15. Asistir, en representación de la Fiscalía General de la Nación, a los comités, juntas, sesiones y demás reuniones interinstitucionales en su respectivo departamento, que

tengan que ver con el ejercicio de la función de Policía Judicial o relacionadas con la investigación penal.

16. Ejecutar las actividades que le sean ordenadas por el Director Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

17. Las demás funciones que le sean asignadas por el Fiscal General y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

-Policía Nacional⁶

Según el artículo 218 de la Constitución Política la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

En la sentencia C-024/94 se señaló a la Policía Judicial como un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces y si bien es cierto que la Policía Nacional por mandato constitucional cumple funciones de Policía Judicial en forma permanente, así como otros servidores públicos, sus funciones se deben cumplir bajo la dirección y coordinación de los funcionarios señalados.

Aunado a lo anterior, la Policía Judicial en sus procedimientos, por ejemplo, allanamiento y registro de domicilio, debe contar con la orden escrita de la Fiscalía

⁶ Ver, entre otras, la sentencias C-024 DE 1994, C-490 DE 2002, C-404 de 2003 y C-431 de 2003

General de la Nación, con la excepción consagrada en el artículo 230 de la Ley 906 de 2004, que prevé la omisión de la obtención de esa orden, si media consentimiento expreso de propietario o simple tenedor del bien objeto de registro o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento, sin embargo, el procedimiento no está exento del control posterior que ejerce el Juez de Control de Garantías⁷.

La Policía Nacional no es policía judicial, sin embargo, en desarrollo de sus funciones constitucionales y frente a la reacción estatal que sigue a la comisión de los delitos, no está desvinculada de las actividades tendientes a su represión, sino que contribuye a la misma, a pesar de que naturalísticamente sus acciones no correspondan a labores propias de policía judicial.

Esta institución cumple con una doble función traducida en policía administrativa o de vigilancia y en policía judicial. Frente al ejercicio de la acción penal cuya titularidad reposa en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, la policía en las dos vertientes anotadas participa en forma dinámica debido a que la naturaleza del ente policial es de prevención y conservación del orden y la seguridad pública.

⁷ "...la autorización expresa del propietario o morador del domicilio objeto de registro que pueda verse afectado con su realización... siendo el motivo que justifica esta modalidad de allanamiento la realización de una investigación penal y la formalidad exigida, que el consentimiento del propietario, o morador del domicilio o de la persona afectada con el allanamiento sea dado libremente, por lo que la mera ausencia de objeciones no se considera suficiente... No obstante, dado que la excepción planteada sólo lo es frente a la exigencia de una orden escrita de autoridad judicial, pero no frente al requisito del control judicial posterior que establece el numeral 2° del artículo 250 de la Carta, el allanamiento excepcional previsto en la norma, debe someterse al examen del juez de control de garantías, quien valorará en cada caso si el consentimiento dado por el afectado por la diligencia de allanamiento fue libre y expreso, o si por el contrario fue fruto de un acto arbitrario o abusivo." (Sentencia C-806 de 2009).

A la policía de vigilancia le asiste la obligación legal de comunicarse por un medio eficaz con la policía judicial para que esta unidad avoque el conocimiento de la actividad.

Al interior de la Policía Nacional se han determinado dos grandes frentes especializados en la función de policía judicial son la Dijín y la Sijín.

En el caso de la Dijín, es una división diseñada y creada para la investigación criminal, posee sus propios laboratorios de criminalística y una gama de personal capacitado en las distintas ciencias forenses, a su vez se dividen en unidades de trabajo con lo cual facilita la labor diversa en la investigación penal.

En lo que atañe a la Sijín también es un frente de la Policía Nacional con personal especializado en el área de criminalística y la investigación de campo.

Como Policía se cuenta con la Fiscal y Aduanera, creada según la Ley 488 de 1998 en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como un aparato armado que además de soportar las funciones propias de investigación y determinación de acuerdo con las competencias propias de fiscalización que le asigna la ley a la entidad, ejerce funciones de policía judicial en coordinación con la Fiscalía General de la Nación.

La Ley 633 de 2000 en su artículo 53 se señaló que Los funcionarios que la compongan podrán por delegación expresa del Director General de la DIAN adelantar procesos de fiscalización y control y bajo esta misma delegación, la Dirección de Policía Fiscal y Aduanera soportará los operativos de control tributario que realice la Dirección de

Impuestos y Aduanas Nacionales en el territorio nacional, con la coordinación y supervisión de esta última entidad.

La Policía Fiscal y Aduanera formaba parte de la DIAN, puesto que se constituyó como Oficina Nacional. Posteriormente, mediante la Ley 633 de 2000, se elevó a la categoría de Dirección.

La policía de infancia y adolescencia por su parte tiene su origen en el año de 1950 cuando se creó la Policía de Protección Juvenil con el propósito de proteger, educar y recrear a los niños y jóvenes. En el año 1978, con la vinculación de personal femenino a las filas de la Institución, la Dirección General de la Policía Nacional, reorganizó este servicio, elevándolo a la categoría de Especialidad de Policía mediante la resolución 6711 de octubre del mismo año, dando así origen a la Policía de Menores.

La Policía de Infancia y adolescencia es la encargada de garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en el marco de las competencias y funciones que le asigna la ley en asocio con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, desarrollando tres líneas de acción para disminuir los diferentes factores que vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así: prevención, vigilancia, control e investigación criminal.

Para el cumplimiento de la misión institucional, el Área de Policía de Infancia y Adolescencia soporta su marco jurídico desde los acuerdos internacionales suscritos por el País con otras naciones, como también en la Constitución Política Colombiana, leyes, decretos, resoluciones entre

otros⁸.

-D.A.S., según la página virtual de esa entidad, tiene como objetivos y funciones las siguientes:

- Producir la inteligencia de Estado que requiere el Gobierno Nacional y formular políticas del sector administrativo en materia de inteligencia para garantizar la seguridad nacional interna y externa del Estado colombiano.
- Participar en el desarrollo de las políticas diseñadas por el Gobierno Nacional en materia de seguridad.
- Obtener y procesar información en los ámbitos nacional e internacional, sobre asuntos relacionados con la seguridad nacional, con el fin de producir inteligencia de Estado, para apoyar al Presidente de la República en la formulación de políticas y la toma de decisiones.
- Participar en la elaboración de la Agenda de Requerimientos de Inteligencia de Estado propuesta por el Presidente de la República.
- Dirigir la actividad de inteligencia estratégica de Estado en el ámbito nacional e internacional.
- Coordinar el intercambio de información y cooperación con otros organismos nacionales e internacionales que cumplan funciones afines.
- Adelantar acciones de contrainteligencia tendientes a proteger los intereses del Estado, frente a actividades hostiles de origen interno o externo.
- Realizar los estudios de seguridad y confiabilidad de los altos funcionarios del Gobierno Nacional.
- Coordinar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás instituciones del Estado la fijación de la Política Migratoria.

⁸ Tomado de la página de la Policía Nacional - www.policia.gov.co

- Ejercer el control migratorio de nacionales y extranjeros y llevar el registro de identificación de extranjeros.
- Ejercer funciones de Policía Judicial, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, para investigaciones de carácter criminal, relacionadas con la naturaleza y finalidad institucionales.
- Llevar los registros delictivos y de identificación nacionales, y expedir los certificados judiciales, con base en el canje interno y en los informes o avisos que deben rendir oportunamente las autoridades judiciales de la República.
- Actuar como Oficina Central Nacional -OCN- de INTERPOL en el intercambio de información, asistencia recíproca, con arreglo a las prescripciones y estatutos de la misma.
- Brindar seguridad al Presidente de la República y su familia, Vicepresidente y su familia, Ministros y Expresidentes de la República; la información relacionada con su seguridad tiene reserva legal.
- Formar y especializar a los funcionarios del Departamento y aspirantes, en su Academia, y a otros funcionarios del Estado, de gobiernos extranjeros u organismos multilaterales, en desarrollo de una cultura integral de inteligencia de Estado y de cooperación internacional.
- Las demás que le asigne la ley.

1.2.2. FUNCIONES SUPLETORIAS DE POLICÍA JUDICIAL

Aquellas atribuidas a la Policía Nacional, en los lugares del territorio colombiano donde no hubiere servidores de Policía Judicial de la Policía Nacional, de allí que cuando en los Manuales de Policía Judicial y Cadena de Custodia, se hace referencia *“Al servidor de Policía Judicial o quien por vía de excepción haga sus veces se entiende que se trata*

de la Policía Nacional”.

Además según lo consagrado en el Artículo 208 C.P.P, los servidores de la Policía Nacional que descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física, en desarrollo de registro personal, de vehículos, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la Policía Judicial, telefónicamente o por cualquier medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la Policía Judicial.⁹

1.2.3. FUNCIONES PERMANENTES ESPECIALES DE POLICÍA JUDICIAL

Atribución que tienen los servidores de Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Autoridades de Tránsito, entidades Públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, entidades Públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control y alcaldes e inspectores de Policía; para realizar actividades de apoyo a la investigación penal en actuaciones que se desprendan de la función que por naturaleza le corresponde a cada entidad. En desarrollo de ésta función aplicarán la cadena de custodia y los procedimientos pertinentes en el marco de las atribuciones señaladas por ley a cada organismo.

En este sentido, cuando estos servidores en ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de una conducta punible, rendirán informe ejecutivo a la Fiscalía General de la Nación, indicando en forma concreta los hallazgos, para

⁹ En Desarrollo de la colaboración armónica, prevista en el artículo 113 de la Constitución Política, la policía puede actuar como auxiliar en el ejercicio de otras funciones del Estado.

que ésta asuma la coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de la actuación. Así mismo, el Fiscal Director de la Investigación podrá ordenar su colaboración en campos específicos según requerimientos y condiciones de la investigación.

Cabe resaltar que las Autoridades de Tránsito¹⁰, en ejercicio de sus funciones especiales, están facultadas para realizar inspecciones a cadáveres, y recolectar, fijar, rotular y embalar EMP y EF, relacionados con homicidios y lesiones personales en accidentes tránsito.

Así mismo, los Directores Nacional y Regional del INPEC, Directores de Establecimiento de Reclusión y personal de custodia y vigilancia, conforme a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciara nacional podrán ejercer funciones de policía judicial los casos de flagrancia al interior de los centros reclusión, dentro del espacio penitenciario o carcelario respectivo.

Además, los Alcaldes e Inspectores¹¹ de Policía en los lugares donde no exista policía judicial, ni policía nacional, están facultados para realizar inspecciones de cadáveres, inspección al Lugar de los Hechos, entrevistas, recolectar, fijar, rotular y embalar EMP y EF, entregando al termino de la distancia el informe respectivo en al fiscal u oficina de asignaciones más cercano de la jurisdicción.

¹⁰ Ley 769 de 2002, artículos 148 y 149

¹¹ Los Inspectores de Policía dependen del Alcalde Municipal y cuando no existan estos los asuntos los decidirá el Alcalde o el funcionario quien haga sus veces.

1.2.4. FUNCIONES TRANSITORIAS DE POLICÍA JUDICIAL

El Fiscal General de la Nación, mediante acto administrativo puede asignar funciones transitorias de Policía Judicial a entes públicos por un tiempo determinado, para el desarrollo de actuaciones de Policía Judicial relacionadas con su actividad misional, que por la especialidad del asunto no pueden desarrollar los organismos con funciones permanentes y especiales de Policía Judicial.

1.2.5. ORGANIZACIONES DE POLICÍA JUDICIAL INTERNACIONAL

Como quiera que son evidentes las extensiones de las organizaciones criminales a nivel mundial, es necesario aplicar estrategias para contrarrestar la criminalidad con base en la cooperación internacional.

Es así que funcionan organismos internacionales, encargados de apoyar la investigación penal, como: Interpol¹² (Organización Internacional de Policía Criminal, con sede principal en Lyon (Francia), el enlace con Colombia se realiza a través del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), y Europol (Oficina Central Europea de Policía Criminal) integrada por los países que hacen parte de la comunidad europea, desarrolla actividades en tres temas de gran importancia tales son el terrorismo, cooperación técnica y tráfico de drogas.

¹² INTERPOL es la mayor organización de policía internacional, con 188 países miembros, por lo cual es la segunda organización internacional más grande del mundo, tan sólo por detrás de las Naciones Unidas. Creada en 1923, apoya y ayuda a todas las organizaciones, autoridades y servicios cuya misión es prevenir o combatir la delincuencia internacional (tomado de la página virtual de WIKIPEDIA).

Los agregados en las embajadas de Colombia prestarán su colaboración y apoyo en las investigaciones que adelante la Fiscalía General de la Nación, recolectando EMP o EF e información pertinente que entregarán conforme a los convenios internacionales de colaboración, por conducto de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación.

1.2.6. ÓRGANOS DE APOYO TÉCNICO - CIENTÍFICO

- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el artículo 204 C.P.P. este Instituto prestará auxilio y apoyo técnico – científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación, los Organismos con Funciones de Policía Judicial, el imputado o su defensor cuando lo soliciten.
- Laboratorios privados nacionales o extranjeros, universidades públicas o privadas nacionales o extranjeras y laboratorios forenses de los organismos de Policía Judicial, artículo 204 C. P. P.

Cuando sea necesario, la Fiscalía General de la Nación, los Organismos con Funciones de Policía Judicial, el imputado o su defensor, podrán acudir a los citados laboratorios.

2. LOS REGISTROS PERSONALES Y LAS INSPECCIONES CORPORALES SEGÚN LA LEGISLACION PENAL INTERNA Y LA JURISPRUDENCIA

2.1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL SER HUMANO COMO ACTOR DEL PROCESO PENAL

Sobre esta materia la Academia Nacional de Jurisprudencia señaló que:

El tema de las intervenciones corporales como diligencias de investigación dentro del proceso penal, llamadas a adquirir fuentes de prueba con miras a obtener pruebas en el juicio oral, cobra especial importancia en el marco del estado social de derecho. Dicha importancia radica en que este modelo de estado se edifica sobre el principio de la dignidad humana y abriga entre sus fines primordiales hacer realidad o darle efectividad a los derechos fundamentales, y, precisamente, las intervenciones corporales pueden afectar varios de tales derechos al igual que la dignidad humana en la medida en que en virtud de ellas el ser humano se convierte en objeto de investigación.

Característica esencial del proceso penal en un Estado Social de derecho es que el ser humano sea sujeto del mismo¹³ y que en materia probatoria sea, igualmente, sujeto de prueba¹⁴ Además, que en el desarrollo del

¹³ VICTOR MORENO CATENA señala que el imputado ha sido en el modelo procesal penal nacido de la revolución francesa, el gran protagonista, pues en torno a su papel en el proceso, a sus derechos, se ha ido construyendo el actual modelo punitivo que permite imponer sanciones penales con la menor injerencia en la esfera de los derechos fundamentales del imputado y, cuando resulte imprescindible, rodeado la intromisión de todas las garantías.

¹⁴ MAGALDI PATERNOSTRO, MARIA JOSE, Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal, Madrid, Consejo General del Poder judicial, 2000, pág. 113.

proceso se respeten "todas las garantías" porque solo en la medida en que ello se haya cumplido es válido predicar que, con las pruebas practicadas, se ha desvirtuado la presunción de inocencia.

No obstante, atendidos los adelantos científicos hay casos en los cuales una debida investigación necesariamente tiene que incidir sobre el cuerpo de las personas involucradas en el proceso penal, bien sea en calidad de procesadas, de víctimas o terceros.

Es allí donde nace la controversia consistente en dilucidar si el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales tienen carácter absoluto y deben primar sobre el interés del estado y la sociedad en el descubrimiento del delito, sus autores y partícipes y la sanción del mismo, o si, por el contrario, debe primar este último interés sobre los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso penal. Aceptar la primera posición impediría al Estado cumplir con el fin legítimo de descubrir y sancionar el delito y, por esta vía, estaría incumpliendo uno de sus fines esenciales, cual es darle efectividad a los derechos fundamentales (art. 2º. C.P.), puesto que, declarado en interdicción de averiguar y castigar el delito, le estaría dando curso a la creación de condiciones para que los trasgresores de la ley penal, amparados en la impunidad, siguieran vulnerando los derechos fundamentales de los demás miembros de la comunidad. Adoptar la segunda, implicaría incurrir en el más acendrado absolutismo con el desconocimiento total de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y, ante todo, en el desconocimiento del principio basilar del estado social de derecho, cual es la

dignidad humana (art. 1º. C. P.)¹⁵.

Una correcta solución del problema debe considerar qué se entiende por intervención corporal y en qué medida ellas pueden afectar los derechos fundamentales, como, también, cuál es la gravedad de los delitos que pueden ser materia de investigación, qué bienes jurídicos se pueden ofender con los mismos y cuál es el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso respectivo y con ello el juez debe hacer la correspondiente ponderación, según los postulados del Estado Social de Derecho, para que tanto los derechos fundamentales como el interés en investigar y sancionar el delito no sean desconocidos de manera absoluta en el proceso penal.

¹⁵ Este tema fue debatido en el seno de la Comisión Constitucional Redactora del Nuevo Código de Procedimiento Penal. La controversia se centró sobre si las intervenciones corporales debían tener límites o no. Una posición sostuvo que debían limitarse porque la ingerencia en el cuerpo humano afectaba la intimidad y la dignidad humana y que el criterio clave para hablar de esta era "evitar la cosificación, que el ser humano sea rebajado al nivel de objeto de prueba". Otra planteó que el Estado debía tener la posibilidad de incidir en el cuerpo de las personas para la obtención de evidencias aún sin el consentimiento de las mismas, porque el inocente debe prestarse para que se la practique con el fin de que se lo desvincule de la investigación mediante una prueba científica. "Adicionalmente, precisó que no se debe limitar aún más la precaria capacidad de prueba científica que tenemos en Colombia por la supuesta violación de la dignidad de las personas, porque se trata de un procedimiento absolutamente utilizado en el mundo entero". Insistiendo en que "se trata de una prueba de doble vía, porque es una prueba científica y es la manera de dignificar a la persona demostrando que no está implicado y, en caso de que lo esté, el Estado tiene derecho a acceder a las evidencias que lo lleven a combatir la criminalidad y defender las víctimas". La comisión finalmente acordó limitar las intervenciones corporales con el respeto a la dignidad humana, no sin antes plantear algunos de sus integrantes que las intervenciones se debían regular con principios como el alternatividad y razonabilidad, "especialmente en lo que se refiere a toma de muestras de fluidos". Ver OSORIO ISAZA, LUIS CAMILO Y GUSTAVO MORALES MARIN, Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, Acta No. 027, págs. 680-683

2.2. EL CONCEPTO DE INTERVENCIONES CORPORALES.

Se puede decir que las intervenciones corporales son aquellas medidas que afectan derechos fundamentales, que se adelantan con fines investigativos, sobre el cuerpo de una persona y pueden dar lugar al descubrimiento de elementos materiales o hechos o circunstancias que pueden aducirse como prueba en el juicio oral para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal.

2.2.1. CONCEPTOS DOCTRINALES.

Autores Españoles distinguen los conceptos de inspección corporal e intervención corporal. Examinemos las exposiciones de algunos de ellos¹⁶.

GIMENO SENDRA distingue entre inspecciones corporales e intervenciones Corporales. Define la Inspección Corporal como "cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano" siendo algunas superficiales como un reconocimiento dactiloscópico, otras interesan parte íntimas del cuerpo humano como las inspecciones vaginales o anales¹⁷.

La intervención Corporal para el autor citado, puede entenderse como *"todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos*

¹⁶ Tema tomado del texto del trabajo presentado por el jurista Jesús Ignacio García Valencia cuando se posesionó como Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

¹⁷ VICENTE GIMENO SENDRA. Derecho Procesal Penal, Madrid, Editorial Colex, 2004, pág. 377-8.

determinados análisis periciales tendientes a averiguar el hecho punible o la participación en él, del imputado”.

MORENO CATENA nos dice que las inspecciones corporales “consisten en el reconocimiento del cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente sin realizar una ingerencia física del inspeccionado, es decir, se trata de examen de la situación externa del sujeto sometido a la diligencia” y que las intervenciones corporales denotan “una injerencia física en el cuerpo de una persona, para extraer de él sustancias o elementos sobre los que realizar los oportunos análisis; por lo tanto, las intervenciones trascienden del examen externo del sujeto, que era constitutivo de una simple inspección corporal” En igual sentido se pronuncia ASENCIO MELLADO.

Otros presentan un concepto de intervención corporal más comprensivo. Así RIVES SEVA entiende por intervenciones corporales “las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa, si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”¹⁸.

ETXEBERRIA GURIDI excluye del concepto “todas

¹⁸ ANTONIO PABLO RIVES SEVA. La prueba en el proceso penal, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Navarra, 3ª. Edic., Editorial Aranzadi, pag. 357. Igual definición cita J. F. ETXEBERRIA, en su obra La intervenciones Corporales en el Proceso Penal, Madrid, Editorial Trivium, S.A. 1999, pág. 32, como de autoría de GONZALEZ CUELLAR SERRANO.

aquellas medidas que no responden a la finalidad de investigación del delito o que presentan una naturaleza radicalmente distinta a las diligencias de intervención corporal (los cacheos en sentido estricto o superficiales o de seguridad, las ruedas de reconocimiento, la toma de huellas dactilares o de fotografías, etc.). Incluimos, por el contrario, las medidas encuadrables en lo que se ha venido a denominar inspección corporal (con la salvedad de que han de afectar con mayor o menor intensidad al pudor o a la intimidad corporal); los registros corporales que excedan de los meros cacheos superficiales antes señalados; las diligencias que supongan una intervención (sólo de inspección o de búsqueda o actuación médica) en los orificios naturales del cuerpo (ano, boca y vagina); se comprenderían también aquellas medidas que implican una lesión de los tejidos o revestimientos cutáneos y musculares (el equivalente a las injerencias corporales alemanas); de igual modo, la extracción de muestras o tejidos corporales encaja perfectamente en la categoría a la que nos referimos”¹⁹.

2.2.2. REGULACIÓN LEGAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Las codificaciones que antecedieron al actual código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) no regularon de manera expresa las intervenciones corporales.

El código de procedimiento penal de 1938 (ley 94 de 1938) no hacía alusión manifiesta a las distintas modalidades de las intervenciones corporales. Al disciplinar la inspección ocular (art. 212) la definía como el

¹⁹ ETXEBERRIA, J. F., Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, Madrid, Editorial Trivium, 1999, pág. 64.

reconocimiento de lugares o cosas pero no de las personas. Sin embargo, en el artículo 321 se refería al registro de personas que podía practicarse cuando hubiera indicios graves para creer que ocultaban objetos importantes para la investigación o comprobación de un delito. El registro se debía practicar por personas del mismo sexo de la registrada guardando con ella todas las consideraciones "compatibles con la correcta ejecución del acto". El artículo 374 permitía al funcionario someter al procesado a la observación de facultativos, cuando descubriera indicios graves de que padecía grave anomalía síquica o intoxicación crónica.

El decreto 409 de 1971 que modificó el código de procedimiento penal de 1938 y compiló las normas existentes sobre la materia, al aludir a la inspección judicial en el artículo 225 la refería a la observación de hechos con sus circunstancias o cosas, más no a las personas. El artículo 289 numeral 10 atribuía a la Policía judicial la función de practicar el registro de personas y el artículo 377 prevenía el registro de personas cuando el funcionario instructor tuviera fundado motivo para creer que ocultaban objetos importantes para la investigación. El artículo 441 facultaba al funcionario de policía judicial o al instructor, desde el mismo momento de la captura y tan pronto como observaran en el procesado indicios de que se hallaba en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del código penal, o que se encontraba en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, para ordenar su examen por los peritos médicos. Igual determinación podía tomarse con el sindicado respecto del cual no era procedente la captura, aun antes de tomársele indagatoria. El sindicado podía negarse a ser examinado, caso en el cual se dejaba constancia de ello en el proceso.

El código de procedimiento penal de 1987 (Decreto Ley 0050 de 1987) en su artículo 2º. mandaba que toda persona a quien se atribuía un hecho punible debía ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (principio de la dignidad humana). Definía la inspección como el examen que hacía el funcionario acompañado de su secretario "de hechos que son materia del proceso". El contexto de la regulación apuntaba al reconocimiento de cosas o lugares o hechos en general sin mencionar expresamente a las personas. El artículo 334 en su numeral 4º. autorizaba a la policía judicial para practicar el registro de personas.

Como fácilmente se colige de la breve relación precedente, nuestra legislación procesal penal, antecedente a la expedición de la Constitución de 1991, no mencionaba las intervenciones corporales en todo su contexto. Previó la inspección corporal y algunos exámenes para determinar la imputabilidad del procesado, pero no cobijaba en sus regulaciones, aquellas intervenciones de carácter invasivo que son las que mayores problemas presentan frente al respeto de los derechos fundamentales.

El primer código de procedimiento penal, expedido después de que entrara en vigencia la Constitución Política de 1991 (decreto ley 2700 de 1992), al desarrollar la inspección como medio de prueba, en su artículo 262, hacía referencia a la facultad del funcionario judicial de ordenar, con el fin de comprobar el hecho punible, sus circunstancias y el grado de responsabilidad del imputado, los exámenes médicos o clínicos necesarios, siempre y cuando que su practica no conllevara a la violación de los derechos humanos. De la misma manera el artículo 263 permitía al funcionario judicial ordenar en caso necesario el internamiento del imputado en un hospital con el fin de

observar el estado psíquico o corporal del imputado, preservando siempre los derechos fundamentales. En el evento de presentarse objeción por el Ministerio Público o el defensor del pueblo la decisión correspondía al superior jerárquico del investigador.

La ley 600 de 2000 consagra en el artículo 1º. El principio de la dignidad humana como rector del tratamiento que se le debe dar a los intervinientes²⁰ en el proceso penal. Señala el objeto de la inspección en el artículo 244 inciso primero, expresando que mediante ella "se comprobará el estado de las personas, lugares, los rastros y otros efectos materiales que fueran de utilidad para la averiguación de la conducta o la individualización de autores o partícipes en ella". Además, en el mismo capítulo en que trata la inspección previene, en el artículo 248 que el funcionario judicial con el objeto de comprobar la conducta punible, sus circunstancias y el grado de responsabilidad del procesado podrá ordenar que se le practiquen exámenes médicos o paraclínicos necesarios, "los que en ningún caso podrán violar los derechos fundamentales". El artículo 316 inciso 2º. le prohíbe a la policía judicial realizar diligencias que atenten contra el derecho a la intimidad.

Las codificaciones posteriores a la expedición de la Constitución de 1991 sientan las bases para que el imputado pueda ser objeto de prueba pero solo con la intervención del personal médico y siempre y cuando no se violen los derechos fundamentales. Es decir, que limita la actividad investigativa del funcionario judicial exigiéndole el respeto a los derechos fundamentales para obtener o

²⁰ Sobre el concepto de intervinientes en la ley 600 de 2000 ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1291/01, Mag. Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

producir la prueba. No obstante, no se refieren de forma manifiesta a las intervenciones corporales.

Es el acto legislativo 03 de 2002, que sentó las bases para instaurar en Colombia el proceso penal acusatorio, el que viene a prever el fundamento constitucional para recurrir en la actividad investigativa del delito a las intervenciones corporales. Dicha reforma a nuestra Carta Política en el artículo 2º. que modificó el artículo 250 dispuso que la fiscalía tendría dentro sus funciones asegurar los elementos materiales probatorios y que con autorización judicial previa, por parte del juez de control de garantías, podría ordenar la ejecución de medidas que implicaran la afectación de derechos fundamentales.

El actual código de procedimiento penal, en desarrollo del aludido acto legislativo, disciplina de manera expresa las intervenciones corporales en los artículos 246, 247, 248, 249, y 250, identificándolas como "actuaciones que requieren de autorización judicial previa para su realización."

El artículo 246 establece una regla general en virtud de la cual las diligencias de inspección corporal, registro personal, toma de muestras que involucren al imputado y reconocimientos y toma de muestras de las víctimas en investigaciones por delitos contra la integridad o la libertad sexual, deben practicarse en desarrollo del programa metodológico, previa autorización del juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente, salvo que por motivos de extrema urgencia (peligro de pérdida de la evidencia con el transcurso del tiempo) la policía judicial deba acudir directamente al juez de control de garantías, caso en el cual informará inmediatamente al fiscal de tal circunstancia. El registro de las víctimas o la toma de

muestras tienen algunas salvedades que más adelante se estudiarán.

Las intervenciones corporales de acuerdo con esa regulación, pueden consistir:

a) En la inspección Corporal, prevista en el artículo 247, al tenor del cual el fiscal general o el delegado solicitará al juez de control de garantías autorice el procedimiento cuando tenga motivos fundados de acuerdo con los medios de conocimiento previstos en el código para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación. Obtenida la autorización judicial el fiscal ordenará la práctica de la inspección corporal por personal idóneo, según la naturaleza de la inspección, en presencia del defensor y guardando las consideraciones compatibles con la dignidad humana.

b) *El registro personal*, regulado en el artículo 248, en virtud del cual, salvo que se trate del registro incidental a la captura, el fiscal general o su delegado solicitarán al juez de control de garantías autorice el registro cuando tenga motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el código que permitan inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física. Expedida la autorización judicial el fiscal ordenará la práctica del registro para lo cual designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, quien procederá cumpliendo con las consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si el registrado fuere el imputado será necesaria la presencia del defensor.

El registro personal y la inspección corporal, de acuerdo

con las regulaciones antes expuestas, presentan claras diferencias. La inspección implica que se pueda explorar no solo el cuerpo desnudo de la persona, sino, también, las cavidades corporales y realizar procedimientos en el interior del cuerpo. El registro personal abarca la superficie corporal para descubrir elementos materiales probatorios, pero excluye la exploración de las cavidades corporales.

c) *Obtención de muestras que involucren al imputado*, diligencia prevista en el art. 248. La disposición prevé que el fiscal, podrá solicitar autorización al juez de control de garantías para obtenerla, cuando resulte necesaria a los fines de la investigación. Lograda la autorización podrá ordenar, a la policía judicial, o, al personal idóneo, la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de acuerdo con las reglas previstas en la norma antes citada.

d) *El reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas*, tales como extracciones de sangre, tomas de fluidos corporales, semen u otros análogos.

Nótese que el código en las normas citadas no hace mención de la denominación de intervenciones corporales. Más, dado que todas ellas son diligencias que tiene lugar con la intervención del cuerpo de las personas y atendido que jurisprudencial y doctrinalmente la ameritada denominación ha hecho carrera, se hace referencia en este trabajo.

Este tipo de diligencias, como se mencionaron en precedencia, encuentran tratamiento especial en el nuevo código de procedimiento penal, porque el acto legislativo 03 de 2002 al reformar la Constitución para sentar las

bases del sistema acusatorio penal en el artículo 250, previó que en el desarrollo de la investigación podrían adoptarse medidas que pudieran afectar derechos fundamentales, reservando su autorización al juez de control de garantías. El legislador estableció esas diligencias mencionando, entre ellas, las intervenciones corporales.

Estas figuras ya fueron objeto de examen de constitucionalidad por nuestra Corte Constitucional, quien, con algunas precisiones y condicionamientos las encontró ajustadas a los dictados constitucionales. Esto indica que en abstracto estas diligencias tienen aplicación en el desarrollo del proceso penal acusatorio colombiano.

e) Enfoque de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005 se pronunció sobre la constitucionalidad de las intervenciones corporales. Acogió un concepto comprensivo de las mismas incluyendo como tales. " (i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u oculto en el interior de tales orificios; y (iii) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc. En cuanto a la práctica misma de la medida existe una tendencia a exigir la intervención de personal médico cuando se trate de la inspección corporal o de la obtención de muestras corporales íntimas, e incluso a ordenar que se realice en un lugar específico".

Consideró que en abstracto dichas medidas se atemperaban a la constitución porque perseguían fines legítimos, constitucionalmente importantes e imperativos, tales como “asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”; “asegurar la conservación de la prueba”, “proteger a la comunidad” y de manera especial “a las víctimas del delito” y garantizar que la investigación penal se adelante observando el debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con las exigencias del artículo 250 de la Carta Política. Para propender de esa manera “por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado y por el aseguramiento de la convivencia pacífica”.

Indicó también que, los anteriores fines se traducen en el objetivo de obtener en desarrollo del programa metodológico, evidencias que se encuentran en el cuerpo del imputado; con el registro corporal la recuperación de evidencia física o elementos materiales probatorios que se encuentren en el cuerpo del imputado, de la víctima o de un tercero relacionado con la investigación; con la obtención de muestras que involucren al imputado evidencias que puedan concernir a este y en la obtención de muestras corporales y de otro tipo que se encuentren en el cuerpo de la víctima evidencias físicas que esta porte o lleve en sí mismo relacionadas con el delito. Todos estos objetivos persiguen, con sus particularidades, “el esclarecimiento de los hechos, el establecimiento de la responsabilidad penal, la protección de bienes jurídicos tutelados penalmente y la garantía de los derechos de las víctimas” fines estos que sin poder acudir a dichas medidas, se verían seriamente truncados.

Estimó la Corte que atendida la naturaleza y gravedad

del delito investigado, estas medidas podían ser pertinentes, idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto para la investigación de ciertos delitos. Preciso que los jueces de control de garantías debían hacer en cada caso concreto, para decidir sobre la procedencia o no de la medida, la ponderación entre el interés que le asiste al estado en persecución y sanción de los delitos y la afectación de los derechos fundamentales del procesado.

La Corte partiendo de la interpretación de las normas del Código de Procedimiento Penal hizo una clara distinción entre inspección corporal, el registro personal, la obtención de muestras que involucren al imputado, y la obtención de muestras del cuerpo de la víctima. La inspección corporal denota la exploración del cuerpo humano, bien sea de sus cavidades naturales o del interior del mismo por métodos técnicos o manuales; el registro corporal el examen superficial del cuerpo de la persona para buscar elementos que pueda llevar adheridos a él o en la indumentaria u objetos que estén en su esfera de influencia; obtención de muestras la incidencia en el cuerpo del imputado o de la víctima para obtener fluidos como la saliva, el semen, orina u otros semejantes.

El pronunciamiento de la Corte engloba todas estas modalidades de injerencia en el cuerpo de la persona, bien sean superficiales o invasivas en el concepto genérico de intervenciones corporales.

f) Naturaleza jurídica de las intervenciones corporales.

Las intervenciones corporales a la luz de nuestra legislación procesal penal son actos de investigación. Su práctica presupone que se haya trazado un programa metodológico por el Fiscal y por tanto que exista una

investigación penal. Nuestro código de procedimiento penal las regula en el libro II en las técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio y, dentro de ese género las distingue en el capítulo 3º. como actuaciones que requieren autorización judicial previa para velar por la salvaguarda de derechos y garantías fundamentales.

El hecho de que constituyan actos de investigación indica que para ser procedentes, debe existir una investigación penal e ir orientadas a lograr conocimiento que luego en el juicio permita comprobar la existencia del delito o la responsabilidad del acusado. Igualmente ese carácter implica que son actos preparatorios del juicio oral, puesto que de la práctica de las medidas, pueden surgir información o los elementos materiales probatorios que sirvan de base al fiscal para presentar el escrito de acusación y solicitar la apertura del juicio oral.

Las intervenciones corporales pueden servir de fuente directa o indirecta de prueba, según que le otorguen al investigador un conocimiento directo sobre el hecho que se quiere verificar o le permitan inferirlo. En algunos casos le otorgarán al investigador conocimiento directo sobre un hecho sea ese investigador calificado por requerir su comprensión conocimientos especiales o simplemente un experto en policía judicial que puede constatar hechos de común ocurrencia. Así, en el caso que se deba constatar las huellas de la interrupción de un embarazo, la intervención o inspección corporal exigirá conocimientos especializados (médicos) en quien lo practica, y éste, por percepción directa apreciará los vestigios que le permitan inferir que el embarazo fue interrumpido. Cuando se trate de verificar si la persona porta un objeto adherido a su cuerpo, esto es, de un registro personal, el investigador no

necesita estar dotado de conocimientos especiales, salvo los normales de su carácter de policía judicial, y el registro de *per se* le dará conocimiento sobre si la persona porta o no el objeto buscado.

En otros casos, la intervención corporal aporta conocimiento indirecto sobre la comisión de la conducta punible o la identificación del responsable, situación que se presenta cuando le permite al investigador o al técnico adquirir un elemento material probatorio, el cual, luego, debe someter al experticio de peritos. Tal el evento en que se intervenga a una persona para extraerle un proyectil, una vez obtenido el cual se somete a los dictámenes balísticos del caso. La intervención quirúrgica requiere conocimientos especializados, pero, en ese caso, el perito médico certificará el encuentro de la evidencia, y será el perito balístico el encargado de informar la relación que ese proyectil puede tener con la comisión del hecho o la identificación del autor del mismo.

Lo anterior nos indica que en algunos casos la intervención corporal conduce a que se acuda a la actuación y el juicio de expertos y de lugar en el juicio a que se produzca la prueba pericial, mientras en otros basta con la intervención de los agentes de policía judicial que directamente constaten la existencia de un hecho o con la participación de un experto que rinda informe de las circunstancias que percibe directamente y que le permiten certificar la ocurrencia del hecho que se quiere verificar. Es decir, que en unos casos la intervención corporal dará lugar a la prueba pericial, mientras que en otros, sus resultados se incorporarán al juicio oral por medio de la prueba testimonial.

2.2.3. LAS INTERVENCIONES CORPORALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS.

Las intervenciones corporales a la luz de la doctrina y la jurisprudencia pueden afectar una variedad de derechos fundamentales, según las modalidades de las mismas y su capacidad para invadir el cuerpo de los imputados, de las víctimas o de terceros relacionados con la investigación.

Los derechos cuya afectación se señala, dependiendo de la clase de intervención, y que se encuentran consagrados en nuestra Constitución Política, son:

La dignidad humana (art. 1º), la libertad (art. 28), la intimidad (art. 15), la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, la integridad corporal (art. 12), la no auto incriminación (art. 33), la autonomía de la persona (art. 16), el derecho a la salud (art.49). Estos son derechos inalienables de la persona (art. 5º.) a los cuales el estado les reconoce primacía y, desde luego, les debe protección.

La dignidad humana se puede afectar con las intervenciones corporales en cuanto su práctica puede llegar a instrumentalizar al ser humano, a convertirlo en objeto de investigación y a desconocer su capacidad de autodeterminación²¹. "En el campo concreto de las medidas de intervención o inspección corporal, el baremo de constitucionalidad que implica la dignidad humana tendrá

²¹ SERRANO GONZALES-CUELLAR comenta que "la doctrina alemana considera que un claro ejemplo de vulneración de la dignidad humana estaría constituido por los "test falométricos" (phallographie), que tratarían de medir la reacción del pene ante un estímulo sexual mediante un "erectómetro". En este sentido se ha resaltado que, aunque es una simple investigación corporal, a causa de su colisión con la dignidad humana, es una medida inadmisibles de plano (además parece que su valor de diagnóstico es dudoso". Ob. Cit. pág. 298.

su campo de proyección ante todo en el momento de la ejecución de las mismas; esto es, no sólo la misma configuración legal de la posibilidad de restricción de derechos fundamentales ha de tener el respeto debido a la dignidad de la persona, sino que, además, cuando tales medidas se lleven a efecto, la propia ejecución de las mismas ha de respetar, en su completo desenvolvimiento, aquel valor jurídico fundamental²²”

Las intervenciones corporales pueden incidir en *la libertad personal*²³, en la medida en que dada la naturaleza de las mismas, se requiera la privación momentánea o prolongada de la libertad, puesto que ella puede consistir en un registro personal, cuya ejecución necesita de un breve lapso de tiempo o en una injerencia en el interior del cuerpo, como una intervención quirúrgica con postoperatorio prolongado. La incidencia sobre la libertad para la práctica de las intervenciones corporales está en una relación de medio a fin. Como dicen algunos autores es instrumental y, por tanto, el juez debe considerar al ordenar la práctica de la medida la incidencia que se vaya tener sobre la libertad y sopesar tal circunstancia en el juicio de proporcionalidad. Además, sobre los intervinientes²⁴, pesa el deber de comparecencia a las diligencias de acuerdo con el artículo 140 numeral 6º. del C.P.P. y someterse a las mismas según el deber genérico previsto en el artículo 95 numeral 7º. de la C.P. de

²² MARTIN HUERTAS. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, Barcelona, J.M.Bosch editor, 1999, pág.374.

²³ La Corte Constitucional en la sentencia 024/94 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero definió así la libertad personal: “Por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona”.

²⁴ Sobre el concepto de intervinientes en la ley 906 de 2004 ver GARCIA VALENCIA, JESUS IGNACIO, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, págs. 107 y ss.

colaborar con el buen funcionamiento de la administración justicia, objetivo que se logra con el esclarecimiento del delito mediante la captación de las fuentes de prueba, deberes que los intervinientes están llamados a observar, salvo que entren en colisión con sus derechos fundamentales.

En este mismo orden de ideas el juez de control de garantías debe tomar las medidas necesarias que aseguren la conservación de la prueba (art. 250 numeral 1º.) y ordenar las medidas que impliquen afectación de derechos fundamentales, luego en este marco constitucional y legal está llamado a considerar la incidencia que sobre la libertad tenga la práctica de la medida y pronunciarse sobre ella en el contexto del juicio de proporcionalidad.

El derecho a la intimidad²⁵ puede resultar implicado porque estas actuaciones tienen como objeto la parte más íntima del ser humano cual es su cuerpo. Desde la toma de un cabello, de cuyo estudio se pueda derivar información que la persona tiene interés en que no trascienda socialmente, por ejemplo: que es un drogadicto, hasta la exploración de sus cavidades íntimas, pueden lesionar este derecho fundamental.

La prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes puede resultar desobedecida cuando para la ejecución de la intervención corporal se utilizan procedimientos excesivamente dolorosos, o que pueden poner en alto riesgo la salud²⁶ o la vida del sujeto pasivo de la medida, o cuando su practica resulta humillante. El

²⁵ “el núcleo esencial del derecho a la intimidad, ha dicho la Corte Constitucional, define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas”. Sentencia T-530/92, Mag. Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ Cfr. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, ob. Cit. pág. 298.

Tribunal Europeo de derechos humanos en sentencia de 18 de enero de 1978 "definió el trato inhumano como aquel "que causa vivos sufrimientos físicos y morales y entraña perturbaciones psíquicas agudas" y el trato degradante como el que "crea un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, de manera que puede llegar a humillar, envilecer y quebrar eventualmente la resistencia física o moral". GONZALEZ-CUELLAR SERRANO llama la atención sobre la necesidad de guardar el principio de proporcionalidad en las intervenciones corporales "pues incluso las medidas más triviales, como el registro, pueden convertirse en una humillación".

La integridad personal se puede vulnerar en virtud de que la realización de la intervención corporal puede implicar un daño en el cuerpo o en la salud de quien es sometido a ella. "Existe una injerencia corporal, esto es, lesión, afirma ETXEBERRIA GURIDI, cuando se trata de la extracción de tejidos o muestras corporales como sangre, semen, líquido cefalorraquídeo, orina, etc., o cuando se traspasa el revestimiento cutáneo o muscular para acceder al interior del cuerpo"

La no auto incriminación en consideración a que a través de la intervención corporal se puede recoger o recabar información que pueda resultar incriminante para el imputado. Esta garantía en la jurisprudencia y un amplio sector de la doctrina extranjera se la ha vinculado con las declaraciones que pueda emitir el imputado. No obstante, algún sector de la doctrina extranjera expone que "si atendemos a la potencialidad esclarecedora de las diligencias de investigación corporal y de las que están estrechamente unidas a éstas (identificación mediante ADN), etc.), cabe colegir que nos encontramos ante métodos de investigación extraordinariamente efectivos. El

cuerpo humano del inculpado, si no testimonial, ni activamente, es una fuente de información de una riqueza excepcional, información que se trasmite al órgano judicial a través de personas expertas.

Lo anterior, Se trata de una modalidad de investigación más segura que la propia declaración de inculpado que puede falsear su testimonio y provocar la confusión de la fase de indagatoria, mientras que en las primeras el afectado no puede controlar el resultado de la operación que sobre él se practica. Desde esta perspectiva puede argumentarse que la información recabada del propio cuerpo es merecedora, incluso de una mayor tutela que la ya garantizada al inculpado cuando se trata del derecho a no declarar contra sí mismo o a guardar silencio.

Desde la perspectiva del resultado obtenido, el sometimiento a las diligencias de investigación corporal y a las derivadas de éstas produce los mismos efectos que una confesión del hecho criminal con la agravante de que se garantiza de antemano la veracidad de aquella. El imputado goza, sin embargo, de la posibilidad de acogerse al derecho de guardar silencio.

La autonomía personal en tanto la diligencia en aplicación del principio de la obtención coactiva de los medios de prueba se puede llegar a obtener con algún grado de coerción sobre el sujeto pasivo.

El derecho a la salud²⁷ porque la práctica de las intervenciones corporales pueden llegar a afectarla, razón

²⁷ El derecho a la salud ha sido calificado por la corte Constitucional como derecho fundamental por conexidad con otros derechos fundamentales. Sentencias T-491, Mag. Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-484/92, Mag. Ponente, Dr. Fabio Morón Díaz.

por la cual se exige cuando la naturaleza de la intervención lo requiera que ella sea practicada por personal médico conforme a la *lex arti*, siempre y cuando que no comporte una medida altamente peligrosa, porque en este último evento sería rechazable, más aún si pone en alto riesgo la vida de la persona.

Hay que considerar, también en este acápite que la legislación colombiana le impone al médico un deber relacionado con el respeto de los derechos fundamentales y, en particular con la dignidad humana y la protección de la salud cuando en el parágrafo 3º y del artículo 54 de la ley 23 de 1981 le ordena que “no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles inhumanos o degradantes, cualquiera sea la ofensa atribuida a la víctima sea ella acusada o culpable, cualesquiera sean sus motivos o creencias y en toda situación, de conflicto armado y lucha civil inclusive.”

Nuestra Corte Constitucional en la sentencia C-822/05 reconoció la incidencia de estas diligencias en un amplio espectro de derechos fundamentales.

2.3. REQUISITOS LEGALES DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Las intervenciones Corporales para su procedencia deben cumplir con unos requerimientos de orden formal, legalmente previstos, y, con unas exigencias, igualmente, legales de carácter particular. Así:

Como exigencias generales de orden formal para la práctica de intervenciones corporales, se tienen:

- Que su práctica sea desarrollo del programa

metodológico de la investigación trazado por el fiscal (arts. 246 y 207 del C.P.P.);

- Que el fiscal solicite autorización al juez de control de garantías para ordenar su práctica. Esta solicitud en casos excepcionales que ameriten extrema urgencia puede ser elevada por la Policía judicial, quien inmediatamente informará al fiscal;
- Que el juez de control de garantías a petición del fiscal o, excepcionalmente, en casos que ameriten extrema urgencia, de la policía judicial, autorice su práctica ya que a él está reservada la decisión, por cuanto las medidas implican afectación de derechos y garantías fundamentales (art. 250 de la C.P. y 246 del C.P.P.);
- Que la autorización judicial se otorgue en audiencia preliminar, la cual tendrá carácter reservado, con asistencia del imputado y su defensor (arts. 155, 247, 248 y 249 del C.P.P.). En esta diligencia la fiscalía sustentará la procedencia de la medida y el juez de control de garantías emitirá o negará la autorización para llevar a cabo la intervención corporal.

Como exigencias particulares de orden formal para la práctica de las distintas modalidades de intervenciones corporales, están:

2.3.1. INSPECCIÓN CORPORAL (ART. 247)

Para que proceda la intervención corporal deben tener lugar las siguientes exigencias legales:

- Que el fiscal general o su delegado solicite al juez de control de garantías autorice la práctica de la inspección corporal;
- Que el fiscal general o su delegado fundamente la

solicitud en motivos razonablemente fundados²⁸ de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el código de procedimiento penal. Es decir, que la solicitud se fundamente en elementos materiales probatorios y evidencia física, informe de policía judicial, declaración de testigo o informante;

- Que los motivos fundados permitan creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación. Esta diligencia sólo se puede practicar en imputados o sea en aquellas personas que han sido vinculadas a la investigación penal mediante formulación de imputación o capturadas por orden del juez de control de garantías en el curso de la misma. El indiciado no puede ser sujeto pasivo de una inspección corporal;
- Que el juez de control de garantías, al valorar los motivos fundados, por su objetividad, crea que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física, previa ponderación de la pertinencia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, y, en virtud de esas consideraciones, autorice su práctica;
- Que la práctica de la inspección corporal se adelante observando toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana;
- Que en la práctica de la inspección esté presente el defensor del imputado.

2.3.2. REGISTRO PERSONAL (ART. 248)

El registro personal para cumplir con el principio de

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-024/94, Mag. Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caball.

legalidad debe atemperarse a las siguientes exigencias:

- Que el fiscal General o su delegado solicite al juez de control de garantías autorización para ordenar se efectúe el registro personal;
- que el fiscal general o su delegado fundamente la solicitud en motivos razonablemente fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el código de procedimiento penal, vale decir, en elementos materiales probatorios y evidencia física; informe de policía judicial o declaración jurada;
- que los motivos fundados, esto es, "un conjunto articulado de hechos" lleven a inferir de manera objetiva que alguna persona relacionada con la investigación, estos es, el imputado, la víctima o un tercero, está en posesión de elemento material probatorio o evidencia física;
- que el elemento material probatorio o evidencia física, de acuerdo con el programa metodológico, interese a los fines de la investigación;
- que el juez de control de garantías encuentre fundados los motivos y procediendo a examinar la pertinencia, idoneidad, necesidad y proporcionalidad del registro personal, autorice al fiscal para ordenar que se lleve a cabo;
- que el registro se practique por persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse;
- que al practicar el registro se guarden con la persona todas las consideraciones compatibles con la dignidad humana;
- en caso que el registro personal recaiga sobre el imputado, que esté asistido por su defensor.

2.3.3. OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO (ART. 249).

La obtención de muestras que conciernan al imputado o que provengan de él, debe cumplir con los siguientes requisitos de orden legal:

- Solicitud del Fiscal al juez de control de garantías para que autorice la obtención de muestras grafo técnicas, de fluidos corporales, de voz, de impresión dental o de pisadas con origen en el imputado.
- Que el fiscal sustente la petición en la necesidad a los fines de la investigación del examen grafo técnico, el cotejo de fluidos corporales, la identificación de voz, el cotejo de impresión dental o de pisadas.
- Que el juez de control de garantías atendidas las razones del fiscal y la defensa estime que la obtención de muestras que conciernen al imputado es necesaria a los fines de la investigación.
- Que el juez de control de garantías decida que la medida además de necesaria es idónea y proporcionada.
- Que la toma de muestra grafo técnica se practique de acuerdo con el procedimiento previsto en el numeral 1º. del art. 249 del C.P.P. y se someta a la cadena de custodia.
- Que al obtener las muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas se sigan las reglas previstas para los métodos de identificación técnica (art. 251 del C.P.P.).

2.3.4. RECONOCIMIENTO Y EXÁMENES FÍSICOS EN CASO DE LESIONADOS O DE VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES.

Estos reconocimientos y exámenes físicos de las víctimas, desde el punto de vista legal, requieren:

- Que la Policía judicial requiera la intervención del perito forense para realizar el reconocimiento o examen correspondiente. Esta actuación de la Policía judicial sin intervención del fiscal ni del juez de control de garantías, sólo puede tener lugar en casos de extrema urgencia (art. 205 c.p.p.), siempre que obtenga el consentimiento de la víctima, porque de lo contrario debe acudir a pedir autorización al juez de garantías. Una vez el fiscal sea informado de la actuación si se requieren exámenes y reconocimientos de la víctima para ordenarlos, necesita autorización del juez de control de garantías²⁹.
- Que se trate de una investigación relacionada con un delito contra la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito que requiera de los reconocimientos o exámenes.
- Que resulte necesaria la práctica del reconocimiento o exámenes físicos de las víctimas.
- Que los exámenes o reconocimientos consistan en la extracción de muestras de sangre, toma de muestras o fluidos corporales, semen u otros análogos.
- Que no exista peligro de menoscabo para la salud.
- Que se obtenga el consentimiento escrito de la víctima si fuere capaz o de su representante legal cuando se trate de un menor o incapaz. El consentimiento libre e informado de la persona adulta víctima de delitos contra

²⁹ Ver sentencia C-822/05.

la libertad sexual es determinante y conclusivo³⁰.

- Que si se niega el consentimiento se le explique la importancia que el reconocimiento o examen tiene para la investigación y las consecuencias que se pueden derivar de su negativa.
- Que en caso de que la víctima o su representante insista en su negativa, se acuda ante el juez de garantías para que autorice o no la práctica de la inspección. "La negativa de la víctima prevalecerá, salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia³¹,"
- Que el reconocimiento se realice en lugar adecuado, preferiblemente en el instituto de Medicina Legal o ciencias forenses y, en su defecto, en un establecimiento de salud.

2.4. CONTROL DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Las intervenciones corporales están sometidas al control previo y al control posterior del juez de control de garantías.

Al control previo porque debe someterse, por parte del fiscal, a su conocimiento y valoración, la existencia de motivos fundados que hagan procedente la medida; la pertinencia en el caso concreto, esto es, la relación con la investigación específica que se adelanta; la adecuación de la medida o su aptitud para alcanzar los fines que con ella

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

se persiguen dentro del programa metodológico; la necesidad de la medida o sea que el fiscal debe demostrarle al juez que no hay otro medio menos lesivo de los derechos fundamentales para alcanzar el fin que con ella se persigue en esa precisa investigación, y, de la misma manera, la demostración que la lesión o afectación de los derechos fundamentales se justifica ante la gravedad del delito, la trascendencia social del bien jurídicamente protegido y la relevancia de los derechos de las víctimas en el caso concreto.

El anterior examen, previo del juez de control de garantías, tiende a evitar lesiones o afectaciones innecesarias de los derechos fundamentales. Si alguno de estos presupuestos que son de orden material no se cumple o si la solicitud del fiscal, requisito de orden formal, no tiene la debida motivación, sencillamente el juez de control de garantías negará la medida en salvaguarda o protección de los derechos fundamentales.

El control posterior del juez de control de garantías examinará si la ejecución de la medida fue proporcionada porque si al realizarla se vulneró, por ejemplo, la dignidad humana, al incurrir en un trato cruel, inhumano o degradante, deberá ordenar su exclusión de la actuación, al igual que de los informes o evidencias que de ella se deriven.

2.5. ALGUNAS INTERVENCIONES CORPORALES ESPECÍFICAS Y SU PROCEDENCIA

2.5.1. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA.

Ley 769 de 2002, código nacional de tránsito terrestre, prevé la alcoholemia como una prueba que se puede

practicar a los conductores de vehículos y la define como: "cantidad de alcohol que tiene una persona en determinado momento en su sangre".

La prueba se puede practicar como medida de policía con fines netamente preventivos, según lo autoriza el artículo 150 del citado código. Esta prueba puede ser importante no solo para efectos contravencionales sino, también, para efectos penales, dado que de acuerdo con los artículos 109, 110, y 121 del Código Penal cuando el homicidio o las lesiones personales se cometieren utilizando medios motorizados y el autor de uno de tales delitos se encontrare bajo el influjo de bebida embriagante y tal circunstancia haya sido determinante para la ocurrencia de la conducta punible, la pena se agravará. La cantidad de alcohol en la sangre se determina por la alcoholimetría, denominación que le otorga la misma ley al examen o prueba de laboratorio, o al medio técnico que se utilice para el efecto.

La práctica de la alcoholimetría cuando se practica para demostrar la infracción a las normas de tránsito e imponer las sanciones previstas en el artículo 131 del código de la materia, tiene la connotación de diligencia de orden policivo "y el estado de embriaguez o alcoholemia se determinará mediante una prueba que no cause lesión, la cual será determinada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses".

La anterior disposición condiciona la práctica de la medida a que no se cause lesión y que ella sea determinada por un facultativo en ciencias médicas y forenses, aplicando así el principio de proporcionalidad o de mínima intervención. Es decir, que para efectos contravencionales, en principio, basta con utilizar el

alcohosensor, que es el sistema que el mismo código de tránsito señala como el adecuado para determinar el alcohol en el aire exhalado, método que no causa lesión.

El artículo 149 de la codificación en comento señala que en los casos de homicidio o lesiones en accidente de tránsito "la autoridad de tránsito deberá enviar a los conductores implicados a la práctica de la prueba de embriaguez, so pena de considerarse falta disciplinaria grave para el funcionario que no dé cumplimiento a esta norma". Claro está que esta disposición hay que interpretarla de conformidad con el nuevo código de procedimiento penal y al existir una implicación penal, dada la urgencia de la medida, el agente de policía judicial, podrá acudir directamente ante el juez de control de garantías a solicitar se autorice la toma de muestra de sangre, porque ante la entidad de los bienes jurídicos afectados por el delito, en principio, se podría recurrir a la extracción sanguínea.

De tal manera que esta diligencia de la alcoholemia en nuestro sistema se puede utilizar como medida policiva y el método a utilizar no puede ser invasivo, o, como medida con implicaciones judiciales, caso en el cual puede llegar a ser invasiva, pudiéndose recurrir a la extracción sanguínea. Las normas de tránsito insisten en que la prueba se debe practicar en clínicas u hospitales, es decir, que en guarda del derecho a la salud, debe hacerse por personal médico (art. 150).

2.5.2. EXTRACCIÓN DE MUESTRAS DE SANGRE

La extracción de muestras de sangre puede tener lugar con fines de identificación del autor de un delito, bien para prueba de ADN o cotejo de los grupos sanguíneos. Hoy con

el adelanto de la ciencia la necesidad de esta última medida cada vez es menor, porque la prueba de ADN ha tomado mayor grado de certeza en materia de identificación sobre todo con el descubrimiento del código genético y la realización de ella no requiere necesariamente la extracción de muestras de sangre. También se puede realizar obteniendo cabellos de individuo cuya extracción implica una menor incidencia en los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la medida.

Con todo habrá circunstancias en las cuales los peritos sobre la materia consideren indispensable obtener las muestras de sangre.

Sobre este procedimiento hay que considerar que la doctrina e incluso algunos pronunciamientos jurisprudenciales foráneos consideran que la extracción de muestras de sangre es una intervención menor que se puede practicar en todos los casos. En realidad, tal apreciación no es exacta porque en el caso concreto habrá que estimar las particularidades de quien se va a someter a la intervención. Si el sujeto pasivo es hemofílico y no se tienen las previsiones médicas suficientes en el lugar para practicar el procedimiento sin riesgo para la salud no se podrá autorizar, o, si pertenece a la religión de los testigos de Jehová quienes por sus creencias religiosas no pueden dejarse extraer sangre, el juez valorará estas especiales circunstancias frente a la gravedad del delito, el bien jurídico tutelado, los intereses de las víctimas y la libertad religiosa, para decidir si procede o no la medida.

2.5.3. INSPECCIÓN CORPORAL O CACHEO

La inspección corporal en nuestro ordenamiento jurídico, puede ser una medida policiva, realizada con fines

preventivos o un acto de investigación dentro de un proceso penal con fines judiciales.

La primera de esas modalidades la realizan las fuerzas de policía y en la medida que mediante ella se descubran elementos materiales probatorios o evidencia física servirán de fundamento para instaurar la denuncia pertinente y adelantar actividad investigativa con connotación jurídico penal. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2006 con ponencia del Magistrado NILSON PINILLA PINILLA.

La segunda debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías a petición del fiscal y su finalidad es descubrir elementos probatorios o evidencia que se encuentren en la superficie corporal del imputado y que lleven a demostrar la comisión de un delito o la responsabilidad penal respecto del mismo. Esta modalidad de la medida fue reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-822/05.

Por tanto, en virtud de que el cacheo o registro corporal en nuestra legislación, tiene las dos anotadas connotaciones, sus presupuestos, requisitos y finalidades son diferentes. En cuanto medida policiva procede por actuación propia de las fuerzas de policía; en el radio de su función preventiva y con el fin de asegurar la convivencia pacífica y el disfrute de los derechos de los asociados; como medida judicial, requiere que se haya cometido un delito y exista una investigación, que la autorice un juez y la ordene un fiscal y la practique la policía judicial con el fin de recuperar elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con la comisión de un delito o el descubrimiento de su autor o partícipe.

2.5.4. EXTRACCIÓN DE CABELLOS

Prevista expresamente en el numeral 2º. Del artículo 249 del C.P.P., es considerada por algunos autores como una medida inofensiva y, por tanto, de procedencia en el curso de las investigaciones. Sin embargo, en el caso concreto se pueden presentar dificultades, porque si la muestra tomada es excesiva, esto es, su práctica o ejecución no se limita a lo indicado por los requerimientos técnicos y, por ejemplo, se corta todo el cabello de la persona, sea hombre o mujer alterando significativamente su apariencia personal, la medida puede resultar desproporcionada, por lesionar innecesariamente la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad y, por consiguiente, ilícita.

2.5.5. EXPLORACIONES RADIOLÓGICAS

Sectores autorizados de la doctrina y alguna jurisprudencia extranjera consideran las exploraciones radiológicas como carentes de novicidia y en consecuencia procedentes, siempre y cuando se obtenga el consentimiento del afectado. Lo cierto es que en virtud del principio de proporcionalidad en esta materia tampoco se pueden aplicar reglas generales, porque una exploración radiológica puede ser improcedente en consideración a las circunstancias particulares de la persona.

Si se trata de una mujer embarazada o si se solicita la práctica reiterada del procedimiento el juez de control de garantías tendrá que valorar esas especiales circunstancias para que la medida no sea desproporcionada y se tenga que excluir de la investigación.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA INTIMIDAD CONSAGRADO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU INCIDENCIA EN LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES SEGÚN LA SENTENCIA C-822 DE 2005

2.1. PRACTICA COACTIVA DE MEDIDAS DE INVESTIGACION SOBRE EL CUERPO DEL IMPUTADO, VICTIMA O DE TERCEROS.

Estos mecanismos, que se denominan genéricamente como "intervenciones corporales"³², "investigaciones corporales"³³, "registros íntimos,"³⁴ o "inspecciones personales,"³⁵ han sido definidos por la doctrina como "medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.

Dentro de este conjunto de medidas también se ha incluido el registro externo del cuerpo de la persona cuando se realiza con el fin de obtener evidencia física

³² Así los denomina la doctrina española, Ver. Exteberría, J. F., Las Intervenciones Corporales: su práctica y valoración como prueba en el Proceso Penal, Editorial Trivium, Madrid, 1999. Esta fue la denominación recogida por la Corte Constitucional en la sentencia T-690 de 2004, MP: Álvaro Tafur Galvis.

³³ Traducción del término "körperliche Untersuchung", empleado en el §81 St PO alemán

³⁴ Traducción de la expresión "intimate search", utilizado en el Police and Criminal Evidence Act -PACE-1984, (secciones 2, 55 y 65), empleado en el Reino Unido, donde también se emplea el término "intimate sample" - "muestra íntimas", para referirse a la obtención de muestras de sangre, semen, y otras sustancias que puedan extraerse de orificios tales como la boca, el ano, la vagina, etc.

³⁵ Traducción de las expresiones empleadas en los artículos 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal Italiano.

relevante para la investigación penal de un hecho delictivo que se encuentra oculta en la indumentaria del individuo³⁶.

Estos procedimientos han sido clasificados como diligencias de investigación posdelictuales, dirigidas a hacer una búsqueda sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros que tengan alguna relevancia para la investigación, con el fin de constatar o esclarecer los hechos, lograr la identificación del autor y determinar las circunstancias bajo las cuales éstos se produjeron.

También se ha señalado su función como medida protectora de los medios probatorios, cuando están orientadas a la recuperación de elementos de prueba que se encuentren ocultos en el cuerpo de la persona. En algunos casos, cuando es necesaria la intervención de personal médico o científico, se les ha reconocido también una dimensión pericial.

Dentro de este conjunto de medidas se encuentra:

- El registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos;
- La inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y
- La obtención de muestras íntimas, tales como semen,

³⁶ Este registro se diferencia de la figura de los cacheos o requisas que realizan las autoridades de policía con el fin de prevenir la comisión de delitos.

sangre, saliva, cabellos, etc. En cuanto a la práctica misma de la medida existe una tendencia a exigir la intervención de personal médico cuando se trate de la inspección corporal o de la obtención de muestras corporales íntimas, e incluso a ordenar que se realice en un lugar específico³⁷.

Estas diligencias probatorias inciden en un amplio espectro de derechos fundamentales, así:

- En primer lugar, dado que suponen la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, la práctica de estas diligencias incide en la dignidad humana.
- En segundo lugar, las intervenciones corporales afectan el derecho a la intimidad porque aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales, implican en todo caso, exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas.
- En tercer lugar, también pueden afectar el derecho a la integridad física en el evento que la extracción de muestras impliquen el uso de agujas o punciones de algún tipo, o que su práctica conlleve la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o

³⁷ Así se exige en el Police and Criminal Evidence Act 1984, Secciones 55 (4) (5) (6) (7) y (17). En Estados Unidos, en el caso *Schmerber v. California* (384 US 757 (1966)), tanto el procedimiento científico elegido (extracción de sangre) como la forma de llevarlo a cabo debía sujetarse a los requisitos de la Enmienda IV. Ver también *US v Crowder*, (516 US 1057 (1996) en donde se ordenó la práctica de una cirugía en el cuerpo del sospechoso para extraer fragmentos de bala alojados en su cuerpo, con el objeto de identificar las armas de fuego empleadas en el ilícito.

instrumentos manejados por personal médico o científico, o inclusive una intervención quirúrgica³⁸.

- En cuarto lugar, dado que se trata de medidas cuya práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una limitación de la autonomía personal.

- En quinto lugar, también se ha afirmado que las intervenciones corporales inciden en el derecho a no autoincriminarse, en la medida en que a través de ellas se pueden obtener medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo.

- En sexto lugar, se afirma que también inciden en la libertad de movimiento del individuo afectado, pues para su práctica se hace necesario limitar temporalmente la

³⁸ Ver *Winston v. Lee*, 470 US 753 (1985), en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que si bien en las circunstancias iniciales del caso era constitucional la autorización judicial dada por la Corte de Virginia para la realización de una cirugía al acusado, contra su voluntad, con el fin de obtener una bala alojada en su clavícula y determinar si se trataba de la misma bala disparada por el guardia de seguridad contra el asaltante durante los hechos objeto de investigación, las nuevas consideraciones médicas según las cuales la cirugía era médicamente riesgosa debido a que implicaba una exploración profunda del hombro del acusado y requería la aplicación de anestesia general. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una intervención quirúrgica obligatoria en el cuerpo de un individuo que implicaba limitaciones a la seguridad e intimidad del individuo de tal magnitud, podía resultar irrazonable aún en el evento en que fuera necesaria para obtener pruebas relacionadas con la comisión de un delito. Para la Corte Suprema la razonabilidad de las intervenciones quirúrgicas para la búsqueda de evidencia que se encuentra bajo la piel del individuo depende de la ponderación, en el caso concreto, del interés de la sociedad en obtener evidencia que permita determinar adecuadamente la responsabilidad o la inocencia del individuo, y exigió 1) orden judicial previa; y 2) la consideración previa a la realización de la cirugía de (i) el grado de amenaza o riesgo para la salud y seguridad del individuo que entrañe la cirugía; (ii) el grado de intrusión en la intimidad, la dignidad y la integridad del individuo; y (iii) el peso del interés general en determinar la responsabilidad del individuo, si tal cirugía no se realizaba.

posibilidad de circular libremente, o trasladarlo al sitio donde se encuentra el personal médico o científico.

- Y, finalmente, dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar la prohibición de la tortura, así como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibile.

Dado el amplio espectro de derechos afectados por las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado a estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos, así como del principio de legalidad³⁹, apreciados en el contexto de una sociedad democrática⁴⁰.

³⁹ Tal exigencia se ha entendido como que la medidas no solo estén previstas en la ley, sino que dicha ley determine de manera precisa el ámbito de su aplicación y que sea previa a los hechos objeto de investigación. Por ejemplo en Alemania, la práctica de exámenes físicos e inspecciones corporales está autorizada en el §81a StPO. En Italia, las inspecciones personales (ispezioni personali) están autorizadas en los artículos 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal Italiano, y los registros personales (perquisizioni personali) en los artículos 332, 335 y 336 del mismo código.

⁴⁰ Frente a restricciones a los derechos a la intimidad y a la libertad, la Corte Europea de Derechos Humanos ha exigido que toda medida restrictiva de los derechos, debe (i) estar prevista en la ley, y (ii) ser necesaria en una sociedad democrática, (iii) para alcanzar

La aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente⁴¹ y que tal decisión sea motivada⁴², a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su consentimiento para la práctica de las mismas⁴³, cuando se

fines legítimos previstos. Ver *Barthold vs Alemania*, 25 de mayo de 1985; y *Handyside vs Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976. *The Sunday Times case*", 26 de abril 1979

⁴¹ El Principio 23 del Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal, denominadas como "Reglas de Mallorca", dice: "Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. (...)".

⁴² Ver por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional español 37/89 de 15 de febrero, donde se examina el requisito de motivación de la orden de someter a una mujer a una inspección vaginal. Dijo lo siguiente: *"la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental."*

⁴³ En el caso *Saunders v. Reino Unido*, 17 de diciembre de 1996, en donde se discute si la obtención de muestras íntimas contra la voluntad del imputado viola el derecho a no autoincriminarse. La Corte Europea de Derechos Humanos señaló lo siguiente: "El derecho a no autoincriminarse está principalmente referido al respeto de la voluntad del acusado a guardar silencio. Tal como ha sido entendido en los distintos sistemas legales de los Estados parte de la Convención, no se extiende, dentro del proceso penal al uso de material que puede ser obtenido del acusado aún contra su voluntad, pero cuya existencia no depende de la voluntad del individuo, tales como (...) muestras

trate de la obtención de muestras no íntimas de las personas⁴⁴, cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora⁴⁵.

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.1.1. EL PRINCIPIO DE IDONEIDAD

De conformidad con el principio de idoneidad, debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí misma adecuada para alcanzar el fin. Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada,

corporales tales como la saliva, la sangre, la orina y piel extraída para exámenes de ADN.”

⁴⁴ Este es el caso del Police and Criminal Evidence Act 1984, Secciones 62 (1) (a), 63 (3) (b), 107 (1) y 118 (1) de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, que autoriza a un funcionario de policía, que debe tener como mínimo el rango de superintendente, a ordenar la obtención de muestras íntimas siempre que cuente con el consentimiento del sujeto pasivo que se somete a ellas, o aún sin el consentimiento del sujeto si se trata de muestras no íntimas. En el caso de obtención de muestras íntimas contra la voluntad del imputado, en el Reino Unido y Gales, si bien por regla general no se puede forzar al individuo a la obtención de tales muestras, en el caso de delitos graves tales como el terrorismo, los jueces sí pueden derivar consecuencias jurídicas negativas para el imputado en caso de que éste se niegue a permitir su obtención.

⁴⁵ Este es el caso del Código de Procedimiento Penal Alemán (§§ 81a (2), 81c (5), y 111 StPO).

aleatoria o indiscriminada⁴⁶.

2.1.2. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

Este principio de necesidad, indica que la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable semejante. Este principio hace necesario:

- Que se examine la gravedad de la conducta delictiva investigada.
- La existencia de motivos razonables, atinentes a las características de la conducta delictiva investigada, que justifiquen la práctica de la intervención corporal ya sea que se trate de intervenciones que se deban realizar al imputado, la víctima, o terceros relacionados con la investigación⁴⁷; y

⁴⁶ En la sentencia del Tribunal Constitucional español 37/89 de 15 de febrero, precitada, el Tribunal concedió el amparo del derecho a la intimidad de la mujer, debido a que el ámbito subjetivo que orientó la práctica de la inspección vaginal, se definió con base en las historias clínicas encontradas en el hospital sospechoso de practicar ilegalmente abortos, sin ningún otro elemento de juicio que permitiera predecir la adecuación o idoneidad de la medida. En la sentencia 17/84 de 7 de febrero, se rechazó una medida definida de manera demasiado restrictiva, en un caso de imprudencia seguido contra un médico que había participado en el cuidado y diagnóstico de una mujer a la que se le ordenó una transfusión de sangre que posteriormente le causó la muerte. El ente investigador no investigó la posible responsabilidad de otros médicos que habían participado en el proceso y ello llevó a que la impunidad del hecho. Sobre este punto el Tribunal dijo: *"la posible impunidad de algunos culpables no supone que, en virtud del principio de igualdad, deba declararse la misma impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros"*

⁴⁷ En Alemania, el § 81a StPO no establece expresamente un grado de sospecha del hecho punible, pero tal factor es considerado al hacer el juicio de proporcionalidad de la medida. En el Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), la sección 55(1) exige "reasonable grounds", en el Criminal Justice and Public Order Act 1994, Sección 62 (1A) la

- La evaluación previa de otras medidas de intervención para determinar si la alternativa escogida es la que, con una eficacia probable semejante, resultaba menos gravosa.
- Que se intente previamente conseguir la evidencia por otros medios y que estas vías alternativas hayan sido infructuosas⁴⁸.

2.1.3. LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Una vez examinada la idoneidad y la necesidad de la medida, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica para determinar si la afectación de los intereses individuales en juego, resulta proporcionada a la relevancia del bien jurídico que se busca salvaguardar con la medida

extracción de muestras íntimas introdujo la posibilidad de obtener muestras íntimas cuando a la persona bajo detención se le han practicado dos o más muestras no íntimas y los resultados de éstas han sido insuficientes. En el derecho italiano el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal Italiano se exigen "fundados motivos" para la práctica del registro personal, pero para la inspección corporal no define expresamente un grado de sospecha.

⁴⁸ Ver por ejemplo *US v Montoya de Hernández*, 473 US 531 (1985), en donde se intentaron otras alternativas menos invasivas, antes de someter a una sospechosa de tráfico de drogas a un examen rectal para determinar si transportaba droga en su cuerpo. La acusada fue detenida en Los Ángeles a su llegada en un vuelo internacional, y luego de que su pasaporte y pertenencias fueron revisadas, se sospechaba que transportaba drogas en su estómago. La acusada se negó a someterse a un examen de rayos X, pues alegaba estar embarazada, no quiso consumir alimentos o bebidas ni usar los servicios sanitarios del aeropuerto. Se le ofreció ser regresada a su país de origen en el siguiente vuelo, pero eso no fue posible y permaneció detenida durante 16 horas hasta que un juez autorizó la realización de una prueba de embarazo en un hospital, un examen de rayos X y una exploración anal. Como resultado de este procedimiento se encontraron 88 bolsitas con cocaína en el cuerpo de la señora Montoya. La Corte Suprema consideró que en las circunstancias del caso, si bien la detención había sido larga y la espera incómoda y humillante, la detención de la señora Montoya no había sido irrazonable ni el procedimiento seguido para la investigación del hecho y la recuperación de las drogas había sido desproporcionado, teniendo en cuenta el interés del Estado en proteger sus fronteras frente a la comisión de delitos, y el hecho de que el método escogido por la acusada para introducir drogas a los Estados Unidos fue el causante de la mayor parte de las molestias.

de intervención corporal ordenada y para ello se deben identificar los valores e intereses en colisión, definir la dimensión de su afectación y de su importancia, y ponderarlos para determinar si esa relación resulta desproporcionada⁴⁹. Es por ello que, en algunos países, este tipo de medidas solo es permitido cuando se trata de delitos graves⁵⁰ y no están permitidos los excesos.

⁴⁹ Así por ejemplo, en el Reino Unido en el caso *Hay v. H.M. Adv.* (1968) en donde se solicitó una autorización judicial para la obtención de impresiones dentales del imputado antes de su arresto. Esta medida fue impugnada por considerarla desproporcionada, pero tal cargo fue rechazado al ponderar los intereses en juego. Por un lado, el interés general en la prontitud de la identificación del acusado y la necesidad de encontrar indicios de inocencia o culpabilidad, y por el otro, el interés del individuo en que se le protegiera contra invasiones indebidas o innecesarias. En Alemania, por ejemplo, en 1963 (BverfGE 16, 194- citado por Exteberría J.F. Las intervenciones corporales en el proceso penal) el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente en cuanto a la proporcionalidad de una medida orientada a la obtener líquido cefalorraquídeo: *"el examen de proporcionalidad entre la finalidad y la medida debe tomar en consideración también la importancia del hecho punible. (...) la inferencia propuesta debe estar en una adecuada proporción con la gravedad del hecho, no tanto respecto de las consecuencias derivadas para el autor del esclarecimiento del hecho, como de la pena esperada. (...) la extracción de líquido cefalorraquídeo, (...) no constituye una insignificante inferencia corporal y no resulta justificado someter al inculcado a semejante inferencia contra su voluntad."*

⁵⁰ En Dinamarca, la posibilidad de someter al acusado a un examen corporal, siempre que existan fundadas razones para sospechas de su responsabilidad, sólo es posible para delitos que merezcan una pena privativa de la libertad de 18 meses o más (Ley 332, de 24 de mayo de 1989, Arts. 792-792F *Retsplejlov*). En Países Bajos, este tipo de intervenciones solo pueden ser ordenadas para delitos sancionados con pena privativa de la libertad de 8 años. Se exige además que existan sospechas serias y bien fundadas contra el imputado y que el examen resulte indispensable para la investigación de la verdad. (§ 195 (1), (2) y (3). En el Reino Unido el *Police and Criminal Evidence Act 1984* (PACE) se exigía que se tratara de "serious arrestable offences", en el *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, se exige que se trate de "recordable offence", dentro de los que se encuentran delitos sexuales, terrorismo y homicidio. En Alemania, el StPO no establece expresamente para qué delitos proceden las intervenciones corporales, sin embargo la doctrina las ha admitido para delitos con penas graves,

2.2. VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA O DE OTROS DELITOS EN LOS CUALES SEA NECESARIO EL RECONOCIMIENTO FÍSICO O LA EXTRACCIÓN DE MUESTRAS CORPORALES DE LAS VÍCTIMAS

En cuanto al tratamiento de las víctimas dentro del proceso penal, varios instrumentos internacionales muestran una tendencia a la adopción de medidas para evitar una segunda victimización y a crear programas y mecanismos de apoyo y orientación a las víctimas del delito. Sin embargo, esa tendencia no cubre la posibilidad de impedir de manera absoluta y en cualquier caso, sin importar la gravedad del delito investigado, la práctica de pruebas ante la oposición de la víctima. Sin embargo, a fin de que se proteja a las víctimas en su dignidad e integridad, se han adoptado, además de requisitos y prohibiciones, recomendaciones y pautas para que, sin dejar de lado el cumplimiento del deber de persecución del Estado, en la práctica de elementos materiales probatorios y recolección de información relevante para el caso se evite causarle nuevos traumas a las víctimas, y las molestias de la investigación respecto de ellas se reduzcan al mínimo posible.

2.2.1. EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

La Asamblea General adoptó, el 29 de noviembre de 1985, la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder," según la cual las víctimas deberán ser tratadas "con compasión y respeto por su dignidad", "tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido" y para ello es

pero también para delitos de peligro, como el esclarecimiento de hechos relacionados con la conducción bajo los efectos del alcohol.

necesario que se permita "que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente⁵¹."

Igualmente, en el artículo 4 de la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer," se establecen varios compromisos para que los Estados garanticen a la mujer víctima de violencia, su derecho a ser tratada con consideración y respeto por su dignidad, la obligación de

⁵¹ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. "4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas. (resaltado agregado al texto).

adoptar medidas que eviten una segunda victimización, pero también a proceder con la debida diligencia a prevenir,⁵² investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer⁵².

2.2.2. LA COMISIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN DE DELITOS SOBRE LA JUSTICIA PENAL DE LA ONU

En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento, hizo recomendaciones a los fiscales, a fin que pudieran cumplir con sus funciones con respeto por la dignidad humana de todos los intervinientes en el proceso, y con la debida consideración por las víctimas del delito⁵³. Esta misma Comisión, en su

⁵² Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Organización de las Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Artículo 4. Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: (...) c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares; (...) f) Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer; (...) i) Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer."

⁵³ Directrices sobre la Función de los Fiscales, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. 12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal. | 13.

sexta sesión en Viena del 28 de abril al 9 de mayo de 1997, concluyó en su informe titulado "Uso y Aplicación de los Estándares de las Naciones Unidas respecto a la Prevención de Delitos y la Justicia Penal" que uno de los principales elementos para el desarrollo de programas de atención a las víctimas era la prestación de asistencia a las víctimas del delito "teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de la victimización, la promoción y asesoramiento y las actividades de intervención y respuesta en situaciones de crisis, la participación en el sistema de justicia, y la indemnización y el resarcimiento de las víctimas"⁵⁴.

En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales: | a) Desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole; | b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso; | c) Mantendrán el carácter confidencial de los materiales que obren en su poder, salvo que requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia; | d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. | (...)16. Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.

⁵⁴ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Sexto período de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, "Utilización y Aplicación de las Reglas y Normas de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal," Informe del Secretario General, E/CN.15/1997/16, 28 de febrero de 1997. Los principales elementos para la prestación de asistencia a las víctimas deberán incluir, por lo menos lo siguiente: "(a) el desarrollo de programas eficaces de servicios para las víctimas, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de la victimización, la promoción y asesoramiento y las actividades de

2.2.3. EL INFORME FINAL DEL RELATOR ESPECIAL PARA LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

En ese documento el Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 en el 56º período de sesiones, se recogen los "Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones", (E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000), según los cuales las víctimas deberán ser tratadas (i) "con compasión y respeto por su dignidad y sus derechos humanos." En consonancia con ese deber, los Estados deberán adoptar "medidas apropiadas para garantizar su seguridad e intimidad, así como la de sus familias.

Igualmente, el Estado debería velar por que, en la medida de lo posible, el derecho interno previera para las víctimas de violencias o traumas una consideración y atención especiales, a fin de evitar que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a lograr justicia y reparación den lugar a un nuevo trauma." Así mismo, con el fin de garantizar el derecho a acceder a la justicia, prevé el deber de "adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas para reducir al mínimo las molestias a las víctimas, proteger su intimidad según

intervención y respuesta en situaciones de crisis, la participación en el sistema de justicia, y la indemnización y el resarcimiento de las víctimas; (b) las responsabilidades de profesionales y voluntarios respecto de las víctimas, como por ejemplo los agentes de policía, el ministerio fiscal y los profesionales médicos; (c) la integración de las necesidades de las víctimas en los planes, la normativa y el derecho nacional, y la formulación de proyectos y necesidades en materia de asistencia técnica; y (d) la cooperación internacional para reducir la victimización y para asistir a las víctimas."

proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia⁵⁵."

2.2.4. EL CONTEXTO EUROPEO

También se han tomado previsiones para proteger a las víctimas y garantizar la sanción de los responsables. Así, el Consejo de Europa adoptó en 1985 una serie de recomendaciones sobre la posición de la víctima en el proceso penal y señaló la necesidad de tratarla con consideración y compasión, de reducir al mínimo posible las molestias que puede causarle el proceso penal, y a respetar la situación personal de la víctima en la práctica de pruebas e interrogatorios.

Varios instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte, también establecen compromisos para proteger a las víctimas del delito, especialmente cuando se trata de delitos sexuales o que afecten gravemente la integridad física de las personas. Así, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁵⁶ se consagran como derechos de las víctimas ser tratadas con dignidad, así como, a que se proteja su seguridad e intimidad⁵⁷.

Igualmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba,

⁵⁵ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en su Informe sobre el 13° período de sesiones, (11 a 20 de mayo de 2004), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2004, Suplemento N° 10, incluyó dentro del documento titulado "Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos".

⁵⁶ Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)" Revisado mediante sentencia C'228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett

⁵⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas, 1998, Aprobado mediante Ley 742 de 2002, Artículo 68. Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones.

contienen varias disposiciones relativas a la protección y tratamiento especial que deben recibir las víctimas de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, que tienen en cuenta su dignidad y el respeto de sus derechos, pero que a la vez aseguran el cumplimiento de la función de persecución criminal de la Corte Penal Internacional.

Por su parte, la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer"⁵⁸, estableció como deberes de los Estados, "tomar todas las medidas apropiadas, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" y a "establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos."⁵⁹

En la Corte Europea de Derechos Humanos se han adoptado algunas sentencias sobre protección de la intimidad y dignidad de las víctimas de delitos sexuales, para excluir intromisiones innecesarias a su intimidad, pero garantizando a la vez, el acceso efectivo a la justicia y no se considera que la práctica de esos exámenes, siempre que se adelanten con respeto por su dignidad y su salud, sean contrarias a los derechos humanos.

⁵⁸ Aprobada mediante Ley 248 de 1995.

⁵⁹ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, y adoptada mediante Ley 248 de 1995. Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia

2.2.5. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Ha protegido la intimidad de la víctima y ha considerado la violación como una forma de tortura, frente a la cual el Estado debe tener las mayores consideraciones al investigar los hechos. Así, en el caso No. 12.350 contra Bolivia, la Comisión aceptó que la víctima empleara un nombre ficticio, teniendo en cuenta el impacto negativo que la divulgación de su identidad tendría en las circunstancias del caso para su intimidad y seguridad, así como para protegerla de las consecuencias negativas de la investigación⁶⁰. En el caso No. 11.565, la Comisión también reconoció la violación como una forma de tortura y cuestionó la necesidad del segundo examen ginecológico ordenado por el juez militar para determinar la violación de las víctimas, teniendo en cuenta que el primer examen ginecológico no ofrecía ninguna duda sobre la ocurrencia de los hechos y había sido realizado siguiendo todas las recomendaciones de Naciones Unidas, para este tipo de investigaciones⁶¹.

⁶⁰ En el Caso No. 12.350 contra Bolivia, la Comisión protegió la intimidad de la peticionaria, empleando un nombre ficticio, teniendo en cuenta la naturaleza de las violaciones y su posible impacto negativo en la vida privada de la víctima de acceso carnal violento y de violación del domicilio.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 11.565 (Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México, admitido el 19 de noviembre de 1999, Decisión: Abril 4 de 2001.) Las víctimas eran tres menores de edad y su madre, miembros de la comunidad indígena Tzeltal, quienes habían sido detenidas e interrogadas por pertenecer supuestamente al Ejército Zapatista. Durante su detención fueron golpeadas y violadas varias veces por cerca de 30 soldados. El caso fue inicialmente asignado al fiscal federal, quien ordenó la práctica de un examen ginecológico que confirmó el relato de las víctimas. Posteriormente, el caso fue transferido a un fiscal militar, quien ordenó un nuevo examen ginecológico, pero las víctimas rechazaron su práctica por considerar que tal examen constituía una tortura psicológica. Debido a los hechos, las víctimas fueron obligadas a abandonar su comunidad, pues la violación era un acto repudiado por su cultura.

2.2.6. LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Elaboró la doctrina de la “razonable expectativa de la privacidad”, de la que goza todo ciudadano respecto a su persona, sus vivencias, sus relaciones con los demás, sus expresiones y respecto a ciertos bienes de su pertenencia; también ha hecho referencia a la intimidad, como expectativa actual de privacidad, no expuesta al conocimiento relativamente generalizado de los demás y la sociedad la tenga como razonable, y al criterio del ciudadano de exponer o no a los demás ciertos aspectos de su vida.

Se contempla la intimidad como un derecho, el cual se enfrenta con los derechos de otros, cuando algún particular o la policía sin autorización judicial, pueda husmear estos ámbitos de su intimidad, de ahí que las leyes procesales reglamenten en qué casos o bajo qué condiciones se pueda proceder a un legítimo y justificado recorte de las garantías constitucionales⁶².

⁶² ALEJANDRO CARRIO. Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal.

CAPITULO III

LA EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA Y DEL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO, ESPECÍFICAMENTE EN LOS REGISTROS PERSONALES E INSPECCIONES CORPORALES

3.1. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA LAS INTERVENCIONES CORPORALES, SEGÚN LA SENTENCIA C-822 DE 2005

De conformidad con el numeral 3 del artículo 250⁶³ de la Carta, la Fiscalía General de la Nación deberá "asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello." Esta disposición establece el principio general para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, según el cual cuando haya afectación de derechos fundamentales, la práctica de medidas para obtener tales elementos probatorios, requiere de autorización judicial.

Según esta disposición constitucional es la "afectación de derechos fundamentales" la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa. El empleo del término "afectación" supone, según su grado, una "limitación" o "restricción" al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (i) debe estar prevista en una ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (ii) de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada.

⁶³ Modificado mediante Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2.

Siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución. (ii) En segundo lugar, el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entre otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. El juez puede autorizar la medida o negarse a acceder a la solicitud. Esta determinación puede obedecer, principalmente, a dos tipos de razones: (a) las que tienen que ver con la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (b) las que resultan de analizar si en las condiciones particulares de cada caso la medida solicitada reúne tres requisitos:

- Ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad);
- No existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y
- Que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad).

El anterior análisis lo debe efectuar el juez de control de garantías al aplicar la norma en cada caso concreto.

Teniendo en cuenta estos principios, el juez de control de garantías negará la medida solicitada cuando ésta no sea idónea para alcanzar los fines específicos de la investigación, cuando pueda acudir a medios alternativos

menos limitativos de los derechos y de eficacia semejante, o cuando su aplicación en el caso resulte desproporcionada. Lo anterior no impide que el juez, en una etapa posterior de la investigación y según haya sido su evolución, estime que la medida sí es necesaria, ni que el juez después de considerar las condiciones en que sería aplicada la medida, concluya que no sería desproporcionada.

La Corte aprecia que por su naturaleza y por la forma en que usualmente son aplicadas, estas medidas siempre implican la afectación de derechos fundamentales. Aun cuando es posible que con el avance de la ciencia, se desarrollen procedimientos, métodos y circunstancias que reduzcan su incidencia en los derechos fundamentales, la inspección corporal, el registro corporal, la toma de muestras íntimas y el reconocimiento y examen físico de las víctimas representan, dependiendo de las circunstancias en que deban ser practicadas, una afectación media o alta en el ejercicio y goce de derechos fundamentales.

En el caso de las medidas corporales bajo estudio, éstas implican la afectación o restricción de los derechos (i) a la intimidad, por cuanto su práctica envuelve que ciertas partes del cuerpo culturalmente ocultas a los ojos de los demás, puedan ser objeto de observación, tocamientos o exploración, entre otros derechos.

La afectación de los derechos mencionados puede ser media o alta, dependiendo del tipo de intervención corporal, de las condiciones en que ésta se realice, de los intereses específicos en juego y del impacto concreto que tal medida tenga en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales del individuo. Por ello, siempre será necesario dar cumplimiento al principio de reserva judicial,

para que sea el juez quien examine la pertinencia, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida limitativa y decida si autoriza su práctica.

El artículo 246 de la Ley 906 de 2004, establece la regla general que orienta la práctica de las inspecciones corporales, de los registros personales, de la obtención de muestras que involucren al imputado y del procedimiento de reconocimiento y examen físico de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, la integridad corporal o de cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de este tipo de procedimientos.

3.1.1. INSPECCIÓN CORPORAL Y SUS REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA

El artículo 247 de la Ley 906 de 2004 señala que cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

De lo anterior se observa que, son elementos distintivos de esta figura, los siguientes:

- El texto de la norma no especifica qué es la inspección corporal. Para determinar en qué consiste esta medida, hay que acudir, para empezar, al lenguaje empleado por el legislador en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, para determinar sobre qué recae la medida y qué es lo que se busca con ella, y contrastarlo con el empleado en el artículo 248 del Código. Mientras que en el artículo 247 se

emplea la palabra "inspección", el artículo 248 utiliza el término "registro." El artículo 247 señala que tal medida tiene por objeto el "cuerpo", mientras que en el artículo 248 se habla de "persona". El artículo 247 expresamente establece que se trata del cuerpo del "imputado", mientras que el artículo 248 comprende de manera amplia a "alguna persona relacionada con la investigación que adelanta", incluido el imputado. Ambas medidas tienen como fin buscar "elementos materiales probatorios y evidencia física", pero tales elementos deben ser "necesarios para la investigación" en el caso del artículo 247, mientras que no hay tal exigencia en el artículo 248. Este contraste indica, especialmente cuando ambas recaen en el imputado, que se trata de medidas distintas, y que existe entre ellas diferencias en la intensidad de la medida misma y en las exigencias para su realización.

La expresión "en el cuerpo", indica que la inspección corporal envuelve una exploración del cuerpo del imputado, de sus orificios corporales naturales, de su interior. Ello armoniza con la denominación del procedimiento: se trata de una "inspección", o sea de un "examen" o "reconocimiento" físico del cuerpo del imputado, más allá de la superficie de la piel.

Varios elementos permiten tal inferencia. En primer lugar, el empleo de la preposición "en", que a veces se la emplea como sinónimo de la preposición "sobre", pero también suele significar "dentro de."

En segundo lugar, dado que las intervenciones corporales previstas en los artículos 247 -que regula la inspección corporal - y 248 que se refiere al registro personal - de la Ley 906 de 2004, pueden recaer sobre el imputado, los términos empleados por el legislador en estas dos normas, indican que se trata de figuras distintas,

que tiene objetos de exploración distintos y suponen un grado de intrusión distinto, siendo el registro la figura menos invasiva de las dos.

En tercer lugar, según la doctrina y el derecho comparado, el registro corporal supone una revisión de la superficie del cuerpo, mientras que la inspección corporal conlleva, por lo general, entre otros y según los fines de la investigación y las necesidades de la misma, la revisión de los orificios naturales.

Adicionalmente, dado que el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 se refiere expresamente a la extracción de muestras corporales que involucren el imputado, las cuales son elementos materiales probatorios a la luz de la definición del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, y además, también se encuentran "en el cuerpo" del imputado, la inspección corporal que describe el artículo 247 de la Ley 906 de 2004 se emplea para la recuperación de elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentre en el cuerpo del imputado, pero que no hace parte natural de éste. Así, cuando se trate de la extracción de muestras como sangre, semen, saliva, etc., cuya obtención implica en principio algún tipo de inspección corporal, el procedimiento que debe seguirse es el previsto en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, y no el señalado en el artículo 247.

- El artículo 247 bajo estudio emplea la expresión "imputado", lo cual excluye que esta medida pueda ser aplicada en el cuerpo de un tercero.

- Dado que la figura conlleva la exploración de los orificios corporales, entre los que se encuentran el ano, la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales -, así como el interior del cuerpo a través de la introducción de

instrumental médico, sondas, etc., por lo general debe ser realizado por personal médico o especializado en ciencias de la salud.

- En cuanto al grado de incidencia de la medida, la inspección corporal implica una afectación media o alta del disfrute de los derechos del imputado, dependiendo, por ejemplo, del grado de intrusión que conlleve la exploración de los orificios corporales y de la profundidad misma de esa exploración. El grado de afectación variará, atendiendo a los fines de la investigación en cada caso, entre otras cosas, según el tipo de orificio explorado, la profundidad del examen, la necesidad de emplear instrumental médico, etc. así, en principio es muy invasiva la inspección de los orificios anales, vaginales, o cualquier exploración relativa a los órganos sexuales. Es menos invasiva la exploración de las cavidades bucales, nasales o auriculares, salvo que conlleve el empleo de aparatos que deban introducirse profundamente, como ocurre con una endoscopia. También es altamente invasiva, la exploración bajo la superficie de la piel que deba hacerse mediante un procedimiento quirúrgico.

- En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige (i) que existan "motivos razonablemente fundados"⁶⁴; (ii) que tales motivos surjan de medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal; (iii) que tales motivos lleven al "Fiscal o fiscal" esto

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, MP: Álvaro Tafur Galvis, SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto. mediante la cual se declaró inexecutable la expresión "y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito," contenida en el inciso 3 del Artículo 2o. de la Ley 906 de 2004.

es, al Fiscal General de la Nación o a su delegado, a creer que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada se encuentra en el cuerpo del imputado; y (iv) que tal elemento material probatorio o evidencia física es necesario para la investigación.

Por lo anterior, deben existir elementos objetivos y racionales que permitan al juez de control de garantías decidir sobre la autorización de la inspección corporal a solicitud del fiscal, el cual también habrá de señalar, cuál es el material probatorio buscado y explicar por qué cree que éste se encuentra en el cuerpo del imputado. En este sentido, no cumplen con los requisitos materiales las llamadas "pescas milagrosas", ni la búsqueda de evidencia material indeterminada.

Igualmente, dado que esta medida tiene como finalidad la búsqueda de elementos materiales probatorios y de evidencia física "necesarios" para la investigación, no puede ser utilizada para buscar elementos inocuos o que no hayan sido obtenidos o puedan ser conseguidos por otros medios.

- En cuanto al consentimiento del imputado, la norma no establece de manera expresa que éste sea una condición material para la solicitud o práctica de la medida. No obstante, cuando el imputado se niega a la práctica de esta medida, no por ello debe prevalecer su autonomía. El interés de persecución estatal y de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación no pueden quedar sujetos a la voluntad del imputado.

La falta de consentimiento, o incluso la negativa del imputado a la realización de la inspección corporal conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control

de garantías, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otros factores, la finalidad concreta buscada, la idoneidad y necesidad de la medida, el grado de afectación de los derechos que genera la inspección corporal, la gravedad del delito que se investiga teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la pena que podría imponerse en caso de demostrarse la responsabilidad del imputado, el número de víctimas y las condiciones de vulnerabilidad de las mismas, así como otras razones extraordinarias expresadas por el imputado para justificar su negativa.

- En cuanto a los requisitos formales, la norma exige que la solicitud para la práctica de la inspección corporal la haga el Fiscal General o su delegado. Esta solicitud se debe hacer previamente ante el juez de control de garantías. La norma no especifica que deba hacerse por escrito o si puede hacerse oralmente. En todo caso, dadas las exigencias materiales para la práctica de esta medida, al hacerse la solicitud el Fiscal sí deberá señalar expresamente los "motivos razonablemente fundados" que justifican su solicitud, los medios cognoscitivos a partir de los cuales tiene elementos de juicio que le permiten creer que el elemento buscado se encuentra en el cuerpo del imputado, así como las razones que muestran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de esa medida, así como la importancia del elemento probatorio buscado para la investigación.

- Quien decide si autoriza o niega la práctica de la inspección corporal es el juez de control de garantías, quien examinará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para autorizar su realización, y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor

afectación posible de los derechos.

- En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige la presencia del defensor del imputado, la cual debe garantizarse tanto para la solicitud de la inspección, como durante su práctica. Es por ello que la norma establece que en la práctica de la medida deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

En este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal; (ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, ésta diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado; y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado.

3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INSPECCIÓN CORPORAL

De acuerdo a los derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas. De esta forma, no habría desproporción si frente a la investigación de un delito grave, se solicita una inspección corporal que implique una incidencia media de los derechos del individuo. Tampoco habría desproporción si la incidencia alta de los derechos del individuo se admite sólo para

investigar los delitos más graves. Por el contrario, sería desproporcionado si la práctica de una inspección corporal tiene una incidencia alta en los derechos del individuo, pero el delito que se pretende investigar no es grave.

En cuanto al grado de limitación del derecho a intimidad, la inspección corporal puede implicar una invasión media o grave de este derecho, dependiendo del orificio corporal explorado, del procedimiento requerido para la inspección y de la profundidad de dicha exploración. La inspección corporal puede también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de una exploración poco profunda y sin instrumental médico de la cavidad bucal, o de las fosas nasales. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la exploración de sus cavidades anales, genitales, o vaginales.

Es por ello, que la práctica de la medida que tenga una incidencia alta en el derecho a la intimidad, debería estar reservada a la investigación de delitos que protejan bienes jurídicos de especial relevancia y gravedad, como por ejemplo, para delitos contra la libertad sexual. El bien jurídico tutelado y los derechos de las víctimas tendrían mayor peso, por ejemplo, si se tratara de la investigación de múltiples casos de abuso sexual supuestamente cometidos por el mismo imputado, o si las víctimas son menores de edad.

De lo anterior surge que la no autorización de una inspección corporal podría llegar a ser desproporcionada por protección deficiente de los derechos de las víctimas. Igualmente, la afectación del derecho del imputado a su intimidad sería desproporcionada, si al sopesar la gravedad del hecho delictivo, los intereses del Estado y de las víctimas, así como el valor probatorio de la evidencia material buscada, la carga impuesta al individuo resulta

excesiva.

En todo caso, la obtención del consentimiento del imputado -libre de cualquier tipo de coerción e informándole sobre las consecuencias que pueda traer para la investigación del delito y para la determinación de su responsabilidad el permitir la realización de la medida - siempre debe ser la primera alternativa para la práctica de la inspección corporal. No obstante, cuando ello no se logre, y el imputado persista en oponerse a la práctica de la inspección corporal, es necesario que el juez de control de garantías revise la legalidad de la medida y defina las condiciones bajo las cuales puede ser llevada a cabo la inspección corporal, a fin de que en su práctica se reduzca al mínimo posible la incidencia de la medida sobre este derecho.

En el curso de las investigaciones penales puede ser pertinente en el caso concreto, idóneo, necesario y proporcionado que a quien ya ha adquirido la condición de imputado se le practique una inspección corporal para obtener elementos materiales probatorios y evidencias indispensables para esclarecer los hechos objeto de la investigación. Por lo tanto, el artículo 247 bajo estudio, fue declarado exequible en el entendido que:

a) La inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

b) Cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la

autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue.

c) La inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado.

Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la inspección corporal se respeten los principios de pertinencia de la medida en el caso concreto, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Es por ello, que este mecanismo de intervención en el cuerpo del imputado debe efectuarse respetando los principios que las rigen, a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales la intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado. Estos parámetros obligan a las personas responsables de practicar la intervención corporal.

CAPÍTULO IV

EL REGISTRO PERSONAL Y SUS REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA

El artículo 248 de la Ley 906 de 2004 señala que sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos establecidos en el código procedimental, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.

De lo anterior se observa que son elementos distintivos de esta figura, los siguientes:

- En cuanto a la definición de lo que es el registro personal, la norma bajo estudio no precisa expresamente en qué consiste esta figura, pero se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones "registro", y "persona."

El término "registrar", se emplea generalmente como sinónimo de "tantear", "cachear", "auscultar", "palpar" lo

cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión "persona", permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.

- El artículo 248 menciona tres figuras distintas: (i) el registro realizado como parte de procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional; (ii) el registro incidental a la captura y (iii), el registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal. Las dos primeras figuras, según lo que prevé el artículo 248 bajo estudio, no requieren autorización judicial previa. La tercera figura, que es la regulada expresamente en el artículo 248, y que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado o imputada, o de un tercero relacionado con la investigación.

El registro personal regulado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal, no prevenir la comisión de delitos. Como puede implicar una incidencia media o alta en los derechos de la persona, debe mediar orden judicial previa que autorice su práctica

- El juez de control de garantías podrá autorizar que el registro comprenda que la persona esté desnuda, pero sólo cuando, en las circunstancias del caso y dentro del

programa de investigación, ello se ajuste a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- El artículo 248 bajo estudio emplea la expresión "persona relacionada con la investigación", lo cual indica que esta medida podría recaer sobre la persona del imputado, y de otras personas relacionadas con la investigación, excluida la víctima misma. Por lo anterior, el registro personal que se realiza con fines de investigación penal, de conformidad con lo que establece el artículo 248, puede recaer sobre (i) el imputado, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; (ii) sobre un tercero relacionado con la investigación, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico, e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; y (iii) sobre la indumentaria y los elementos y áreas bajo control físico de la víctima, excluyendo el tocamiento de órganos sexuales y senos o la observación del cuerpo desnudo, pues tales medidas se encuentran reguladas por el artículo 250 de la Ley 906 de 2004. En efecto, en relación con el posible registro del cuerpo desnudo de la víctima, la norma aplicable es el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, y no el artículo 248. A esta conclusión se llega por el lenguaje empleado en el artículo 250, en donde se utiliza la expresión "reconocimiento y exámenes físicos" de la víctima, y se exige para su práctica el auxilio de un perito forense y su realización en el Instituto de Medicina Legal o en su defecto en un establecimiento de salud.

- Dada la referencia que se hace el artículo 248 a los registros realizados como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento

de su deber constitucional y a los registros incidentales a la captura, es necesario hacer algunas precisiones.

En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.

Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión "Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional," contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, fue declarada inexecutable.

En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.

En materia de registro incidental a la captura ordenado por un juez de conformidad con las leyes vigentes, éste se practica en el momento mismo de la captura o inmediatamente después de ésta, y tiene como finalidad

asegurar la eficacia misma de la captura, y así, detectar armas que puedan ser usadas en contra de las autoridades que realizan la captura y causar daños a su vida o su integridad personal, o que pueden ser empleadas para facilitar la huída de la persona capturada. Igualmente, tiene como finalidad proteger de la destrucción o el ocultamiento elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada. Comprende, por lo tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos puedan ser usados para ocultar armas o evidencia física.

Para que tal registro incidental a la captura sea constitucionalmente admisible, se requiere que (i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos porque ello implicaría una afectación de los derechos de la persona capturada que sólo podría tener lugar con autorización judicial previa.

Excepcionalmente, el registro incidental sin orden judicial previa de los órganos sexuales y los senos del imputado o imputada será posible, cuando sea visible o manifiestamente notorio que en dichos lugares se ocultan armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida. En todo caso, las autoridades encargadas de practicar dicha medida, deberán observar toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana del capturado.

- En cuanto al grado de limitación de los derechos, el

registro personal puede llegar a implicar una afectación en el goce y ejercicio de varios derechos de la persona sobre la cual recae, la cual puede ser media o alta. El grado de afectación variará dependiendo de si se realiza sobre la indumentaria del individuo o sobre la superficie desnuda del cuerpo, de si tal palpación recae sobre órganos sexuales y senos o sobre partes generalmente expuestas a los demás como la cara, las manos, etc. Así, en principio, la incidencia sobre los derechos de la persona es alta cuando se trata del registro del cuerpo desnudo de la persona, o de la palpación de órganos sexuales y senos. Es menos intrusiva la palpación de los brazos, la espalda, la cintura y las piernas.

- En cuanto a los requisitos materiales, la norma bajo estudio exige (i) que existan "motivos razonablemente fundados" (ii) que tales motivos surjan de medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal, (iii) que tales motivos lleven al "Fiscal General o su delegado" a inferir que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada está en posesión de una persona relacionada con la investigación, y (iv) que tal elemento material probatorio o evidencia física se inserte dentro del programa metodológico de la investigación que se adelanta. Por lo tanto, deben existir elementos objetivos y racionales que permitan al fiscal que solicita al juez de control de garantías la autorización del registro personal, determinar cuál es el material probatorio buscado e inferir que éste se encuentra en posesión de la persona afectada por el registro, y que tal persona tiene alguna relación con la investigación. En este sentido, no están permitidos los registros de personas indeterminadas, sino que se debe establecer razonablemente la relación que existe entre la persona sobre la que recaerá el registro y la investigación que se realiza. Por lo tanto, al momento de solicitar al juez

de control de garantías que autorice el registro personal, el Fiscal General o el fiscal delegado deberá señalar expresamente las razones que, con base en hechos objetivos, le permiten inferir que la persona en cuestión está en posesión de tales elementos, así como la relación de esa persona con la investigación que adelanta

- En cuanto al consentimiento del imputado, la norma no establece de manera expresa que éste sea una condición material para la solicitud o práctica de la medida. La falta de consentimiento, o incluso la negativa de la persona a la realización del registro personal conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control de garantías, para lo cual deberá ponderar, entre otros factores, la finalidad concreta buscada, la idoneidad y necesidad de la medida, el grado de afectación de los derechos que genera el registro personal, la gravedad del delito que se investiga teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la pena que podría imponerse en caso de demostrarse la responsabilidad del imputado, el número de víctimas y las condiciones de vulnerabilidad de las mismas.

- En cuanto a los requisitos formales, la norma exige que la solicitud para la práctica de la inspección corporal la haga el Fiscal General o su delegado.

- En cuanto a las garantías, la disposición bajo estudio exige que quien realice el registro, sea del mismo género que el afectado con el registro. Dado el carácter superficial de la búsqueda, no se exige que la persona que realiza el registro tenga algún conocimiento técnico o especializado, ni que el registro se realice en algún sitio en particular. Cuando se trata del registro personal del imputado, la norma exige la presencia de su defensor. Igualmente, el artículo 248 exige además que se observen toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. En

este sentido es compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible; (ii) que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y (iii) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona sobre la cual recae la medida.

4.1. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REGISTRO PERSONAL REALIZADO BAJO LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 248 DE LA LEY 906 DE 2004.

Es preciso determinar la intensidad del juicio de proporcionalidad y para ello se deben considerar varios factores:

- En primer lugar, la potestad de configuración que tiene el legislador en materia penal, que en este caso se funda en una atribución constitucional general en materia de procedimiento penal para asegurar los medios probatorios.

- En segundo lugar, el hecho de que el registro personal previsto en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, pueda implicar la exposición del cuerpo desnudo del imputado o de un tercero relacionado con la investigación, pero distinto de la víctima, así como el tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual.

- En tercer lugar, la incidencia que la medida tiene en varios derechos fundamentales del imputado: el derecho a la intimidad, a la dignidad humana, a la no autoincriminación y a la autonomía.

- En cuarto lugar, el que tal medida se puede realizar

sin el consentimiento de la persona afectada. Tales características señalan una afectación media o alta de los derechos fundamentales de la persona sobre la cual recae el registro, por lo que corresponde aplicar un juicio de proporcionalidad estricto. Ello implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos de la persona afectada, frente a los fines buscados.

Esta norma tiene como finalidades, entre otras, "asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito", a "asegurar la conservación de la prueba", "proteger a la comunidad", y en especial, "a las víctimas del delito" y garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del debido proceso, de conformidad con lo que establece el artículo 250 Superior. Se trata, por lo tanto, de fines legítimos y constitucionalmente importantes, expresamente consagrados en la Constitución. También, son fines imperiosos, como quiera que la persecución del delito y el aseguramiento de los medios materiales probatorios y de la evidencia física, están orientados a proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y a asegurar una pronta y cumplida justicia. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de recuperar evidencia física o elementos materiales probatorios que se encuentran en posesión del imputado, de la víctima o de un tercero relacionado con la investigación que se adelanta y sin las cuales se truncaría el buen suceso del programa de investigación.

4.2. EL REGISTRO PERSONAL COMO MEDIO IDÓNEO PARA RECUPERAR ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS

En cuanto al medio escogido, el registro personal puede

ser, según el delito investigado y las circunstancias del caso, un medio idóneo para recuperar elementos materiales probatorios y evidencia física que están adheridas a la superficie corporal o escondidas en la indumentaria, u ocultos en enseres portados por la persona afectada por el registro, o ubicados en el área inmediata bajo control físico de la persona.

El registro personal, además, puede ser una medida necesaria, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda recuperar la evidencia física buscada, que resulte menos gravoso para los derechos de las personas afectadas. Así, no resulta necesario, por ejemplo, el registro del cuerpo desnudo de la persona cuando la evidencia material buscada, dadas sus características físicas y las circunstancias del caso, es probable que se encuentra en la indumentaria de ésta. Por el contrario, el registro del cuerpo desnudo es necesario, cuando atendiendo a las circunstancias concretas del hecho objeto de investigación, es probable que el objeto buscado se encuentre adherido a la piel de la persona y oculto por la ropa que ésta viste.

4.3. EL REGISTRO PERSONAL Y LA PROPORCIONALIDAD:

La norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, en la protección del bien jurídico penalmente tutelado y en la garantía de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo afectado por la medida en no ser sometido a restricciones de sus derechos.

El examen abstracto de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, los siguientes factores: (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado penalmente, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés

general el que se negara la práctica del registro personal, (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación, (v) la persona sobre la que recae el registro, ya sea que se trate del imputado, de la víctima o de un tercero y, por el otro, y (vi) el grado de incidencia del registro en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, si la medida recae sobre el cuerpo desnudo o sobre órganos sexuales y senos, así como la vulnerabilidad del registrado.

De conformidad con lo anterior, a mayor sea la incidencia de la medida en los derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas. De esta forma, sería desproporcionado si la práctica del registro personal tiene una incidencia alta en los derechos del individuo, pero el delito que se pretende investigar no es grave. Por el contrario, no habría desproporción si en la investigación de un delito grave, se efectúa el registro de la persona desnuda.

En cuanto al grado de limitación del derecho a la intimidad, el registro personal puede implicar una invasión media o alta de este derecho, dependiendo de la forma como deba realizarse dicho registro. La afectación de tal derecho es menor si recae sobre la indumentaria de la persona o los efectos personales que porta, y resulta mayor cuando recae sobre el cuerpo desnudo de la persona o involucra el tocamiento de órganos sexuales y senos.

CAPITULO V

LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL Y LA EXCLUSIÓN

El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La exclusión opera de maneras diversas⁶⁵ y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

5.1. LA PRUEBA ILÍCITA

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

La prueba ilícita como su propio texto lo expresa:

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella

⁶⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal , sentencia del 23 de abril de 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Rad. 29416.

que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita⁶⁶.

Mayoritariamente ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia –como la citada entre otras– que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo, la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

⁶⁶ A. MONTÓN REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

Como lo explica ampliamente la Corte Constitucional, en la sentencia SU-159 de 2002, en el derecho comparado se identifican tres grandes grupos de sistemas o tendencias sobre la naturaleza y alcance de la prueba ilícita:

- La tradición anglosajona donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación.

- La tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas, y

- La tradición Germánica donde no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes.

En nuestro país nos hemos inclinado por un sistema de regla general de exclusión, como explica la Corte Suprema de Justicia en el sentido que en nuestro ordenamiento

jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales⁶⁷.

5.2. LA PRUEBA ILEGAL

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba⁶⁸.

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP:Herman Galán Castellanos.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

procedimiento previsto en la ley⁶⁹.

5.3. LA EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA Y EL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO

Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho” y que, en consecuencia, dichos resultados de “inexistencia jurídica” de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas”.

En efecto: si de acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta

⁶⁹ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto...*, ob. cit., p. 47.

Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias.

5.3.1. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

En el campo del derecho penal el tema de la Prueba ilícita, (supuesto normativo hipotético para la aplicación de la regla de exclusión) genera complejas y profundas discusiones debido a los valores que se conjugan, al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento de procedimientos legalmente determinados.

La discusión sobre la aplicación categórica y absoluta de la cláusula de exclusión lleva a considerar dos aspectos fundamentales, por un lado, se encuentra la efectivización de la sanción penal y la materialización de la justicia y reparación a que tiene derecho la víctima, y por otra parte, el posible choque o dicotomía entre el ejercicio del ius puniendi del Estado y el respeto de la dignidad humana de quien es procesado, esto debido a la posible violación de sus derechos fundamentales para la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio Oral y Público.

Se tiene como claro postulado constitucional que la dignidad de la persona es una pieza clave del concepto prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en

estricta aplicación del Principio de Exclusión se tornará inadmisibles; Se precisa entonces que la violación a la dignidad humana o a los derechos fundamentales constituyen actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de erradicar la impunidad.

El profesor Miranda Estrampes nos dice que “la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto prueba ilícita: todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en inadmisibles”⁷⁰; que la violación a la dignidad humana constituye acciones de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con excusas de combatir la criminalidad.

Ahora bien, el principio de exclusión probatoria se encuentra previsto dentro del artículo 29 Constitucional y consagra que: “(...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido Proceso”. Por su parte, la ley 906 de 2004 establece en sus normas rectoras este principio constitucional en el artículo 23 CPP, que reza: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”.

Al analizar el artículo 29 Constitucional, desde el punto de vista teórico, la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso se expande hacia

⁷⁰ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES. El concepto de Prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal. Barcelona 1999.

las pruebas que son producto de ella; Mandamiento Constitucional que lamentablemente pasa a ser relativizado en virtud de ciertas teorías que hasta el día de hoy no han sido suficientemente desarrolladas.

Manifestación de esto se evidencia dentro del artículo 455 de la Ley 906 de 2004 que consagra: "Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, lo siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley." Tesis que necesariamente deben ser examinadas a la luz de la Constitución y de los Principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual en virtud de nuestra Carta Política se autoproclama como respetuoso de los derechos Humanos.

Frente a lo anterior, el punto de vista un importante sector de la doctrina fundamentado en el interés público del proceso penal y en la ausencia del formalismo aboga y argumenta a favor del reconocimiento probatorio de las pruebas reflejas, pues la búsqueda de la verdad material obliga a obtener la prueba incluso en estas circunstancias. Según este sector de la doctrina, la validez de las pruebas obtenidas por efecto reflejo de las prohibidas también se inspira en una interpretación exclusiva de las normas referente a la nulidad procesal, sin tomar en cuenta la trascendencia de las garantías fundamentales que hayan podido lesionarse, argumentándose que "No existirá nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial o una derivación meramente fáctica"⁷¹.

⁷¹ FERNANDO CRUZ. "La defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho," San José de Costa Rica, 1989. En Miranda Estrampes.

Es preciso, entonces extender la nulidad constitucional a todas aquellas pruebas que provengan de la ilícita, para que sus efectos sean realmente trascendentes y no simplemente retóricos como atinadamente lo preceptúa el codificador patrio dentro del artículo 23 de la Ley 906 de 2004 al castigar con nulidad de pleno derecho a las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Lamentablemente, frente a esta prerrogativa legal existe una tendencia reduccionista de la regla de exclusión, la cual tiende a relativizar su aplicación con fines eficientistas y utilitaristas, degradando conceptos y valores como la legalidad y la justicia frente a la necesidad de generar eficacia y resultados cuantitativos.

De todo lo anterior, se desprende la necesidad de indagar sobre las posibles implicaciones sobre los derechos fundamentales del procesado a partir de la relativización de la regla de exclusión probatoria preceptuada dentro del artículo 455 de la ley 906 de 2004, la cual se sustenta en sentencia de Unificación SU-159 de 2002 proferida por la Corte Constitucional, sobre el interrogante, sí no constituye esta permisión legal, justificable desde un punto de vista utilitarista y eficientista, una evidente y nefasta transgresión de los derechos fundamentales y de las Garantías Procesales e Institucionales que amparan al Procesado.

5.3.2. EL DEBIDO PROCESO Y LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN PENAL: CONCEPTO Y OBJETO

Se tiene que el debido proceso es un conjunto inacabado de factores que tienden hacia un objetivo común: Garantizar el ejercicio pleno de la justicia en el proceso

penal. Tal conjunto inacabado está formado por ingredientes de muy variada estirpe, que al tenor del artículo 29 de la Constitución comienzan con el postulado de la legalidad, de contradicción, publicidad, lealtad procesal, juridicidad, transparencia, imparcialidad, celeridad, hasta la idea de inmaculación de la prueba obtenida en el proceso. Y es debido a esta multiplicidad de postulados que el debido proceso se manifiesta en dos grandes facetas: por un lado, la forma: al propugnar por el respeto a las formas propias de cada juicio, lo cual se refiere al trámite, al procedimiento y las actuaciones que se desarrollan en sede jurisdiccional; y por otra parte, el debido proceso también se refiere al contenido, que se relaciona con el conjunto de garantías que acompañan al encausado dentro del procedimiento.

La cláusula de exclusión es un principio o mandato constitucional que corresponde a un elemento esencial del debido Proceso, dispuesto a partir de la interpretación del parágrafo final del artículo 29, en virtud del cual se ordena anular "de pleno derecho", excluir del acervo probatorio, y no tener en cuenta las pruebas ilícitas, que son aquellas recaudadas, aducidas o practicadas sin la observancia de los requerimientos sustanciales o formales que le son propios, o con violación de los derechos fundamentales de las personas que intervienen dentro del Proceso. Regla que igualmente se predica de las pruebas que se derivan de las ilícitas.

Siguiendo fielmente el artículo señalado se tiene que las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales resultan plenamente ineficaces, lo cual guarda plena armonía con un Estado social de derecho y un Derecho Penal Garantista. Así, el tema de la prueba ilícita se halla inmerso dentro del debido proceso, siendo

susceptible por consiguiente de la aplicación de la cláusula de exclusión, previsión constitucional que consiste en excluir del arsenal probatorio o en desconocerle valor probatorio a aquellos medios de prueba que al ser obtenidos, recolectados o practicados no se ajusten al debido proceso bien sea en su esfera material o formal, lo cual corresponde a una prueba ilícita

Se tiene entonces que la prueba ilícita es aquella que se opone al debido proceso como dice el artículo 29 superior, entiendo por éste el conjunto de factores que se agrupan en el procedimiento, las garantías superiores del destinatario de la norma los derechos fundamentales y las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal, cuya fuerza superior es desarrollada por el artículo 23 de la nueva Ley Procedimental Penal.

Ahora bien, a pesar de la existencia de la categórica norma de exclusión a nivel constitucional (Artículo 29) y a nivel legal (Artículo 23 Ley 906 de 2004), las pruebas prohibidas tienen supuestos justificativos previstos dentro del artículo 455 del nuevo código de Procedimiento Penal, eventos en los cuales se les deberá reconocer valor probatorio.

Se tiene a partir de un análisis del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que la nulidad de pleno derecho comprende a la prueba que se deriva de la ilícita como aquella que solo puede explicarse en razón de su existencia. Sin embargo, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 consagra las siguientes excepciones a saber: "El vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, lo cual significa que, no obstante la práctica ilegal del medio de conocimiento, valen las eventuales derivaciones suyas siempre y cuando se estime razonablemente roto o

debilitado el nexo entre el acto ilegal y el que de él se derive (relación de necesidad), o el producto obtenido deriva de un medio lícito concurrente, o en fin, el producto definitivamente habría de ser conocido de esa o de otra cualquiera otra fuente (relación de eficacia)”⁷².

Siguiendo este planteamiento, nuestro máximo Tribunal Constitucional en sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, delimitó para el ámbito nacional la Teoría de la exclusión de la prueba denominada “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, tesis que señala que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma fundamental aun cuando sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima igual que la prueba ilegal que la originó, de tal manera, que la prueba ilícita inicial no solo afecta a si misma, sino a todos los frutos o consecuencias que derivan de ella. Doctrina que en apariencia acoge fielmente nuestra legislación en su artículo 23, para luego recibir las discutibles excepciones del artículo 455 de la ley 906 de 2004.

Por lo anterior, surge la imperiosa necesidad de indagar y denunciar las graves consecuencias que pueden llegar a afectar significativamente la indemnidad de los derechos fundamentales del procesado y la integridad del debido Proceso Penal, surgidas a raíz de la relativización de la regla de exclusión probatoria. Así pues, debemos ser categóricos al precisar que no existe forma legal de practicar la prueba prohibida.

Entonces toda prueba que se obtenga directa o

⁷² **BUITRAGO RUIZ**, Angela María, “El Juez de Garantías y su compromiso con el debido Proceso”, revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Junio de 2005. Bogotá.

indirectamente con violación del debido proceso ha de ser excluida de la actuación. Se incluyen en este supuesto las pruebas derivadas que siempre deberán ser censuradas sin tener en cuenta la delgada relación con la prueba ilícita o en el carácter inevitable de su hallazgo, porque en el fondo son violatorias del debido proceso constitucional. Admitir lo contrario sería una negación de la cláusula de exclusión o lo que es lo mismo, su eficacia sería simplemente formal, sin plena realización en la realidad.

5.3.3. LA EXCLUSIÓN EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

La audiencia preparatoria es probablemente, el acto “pre-juicio” más importante para el juez de conocimiento. Se le debe prestar la atención que amerita, como etapa de planeación y asentamiento del juicio, para que éste proceda de forma justa, expedita y ordenada.

Permite que el juez y las partes discutan y lleguen a acuerdos acerca de aspectos preliminares, tales como el orden en que se van a presentar las respectivas pruebas, su admisibilidad, la identificación de los hechos y aspectos no controvertidos (estipulaciones), las solicitudes de exclusión de pruebas ilegales por cualquier motivo, etc.

La audiencia preparatoria representa la oportunidad para que las partes, principalmente la defensa y el Ministerio Público, rectifiquen las pretensiones de la Fiscalía de introducir pruebas que pueden ser ilegales.

Los incidentes importantes que deben presentarse o ventilarse en la audiencia preparatoria, deben ser comunicados con anticipación. Esto lo hacen las partes interesadas mediante las solicitudes del caso, como por ejemplo, la solicitud de exclusión de alguna prueba ilícita.

La tendencia actual en Colombia sobre la función de la audiencia preparatoria es la siguiente:

- Ventilar problemas y deficiencias acerca del procedimiento continuado de descubrimiento. La sanción inmediata por no haber cumplido con el descubrimiento de todo elemento de cargo y de descargo es su eliminación como pruebas en el juicio, una medida grave que necesariamente puede contribuir a la impunidad. Por esto se deben considerar otras medidas o sanciones según el grado de negligencia o dolo por parte del Fiscal.

- Descubrir los elementos materiales probatorios en poder de la defensa. El juez debe velar para que la defensa no guarde ni oculte algún elemento material de prueba que interese al proceso, esto para que el fiscal tenga oportunidad de estudiar cualquier elemento e investigar su procedencia y carácter. Inclusive, excepcionalmente tales descubrimientos por parte de la defensa, revelan una falla esencial en la teoría del fiscal, lo cual puede contribuir al impulso de preacuerdos, etc.

- Enunciar las pruebas de la Fiscalía y la defensa para el juicio. Este procedimiento permite al juez estimar el tiempo necesario para el juicio y, en atención a esto, indagar acerca de los testigos y los estimados de tiempo de cada parte. Por eso es importante que exista algún tipo de constancia acerca de lo dicho, siendo probable que, según la complejidad del entorno probatorio, el juez quiera levantar un auto registrando lo mismo para que sirva de guía en el juicio.

- Hacer estipulaciones acerca de hechos no controvertidos.

- Oír al acusado en eventual aceptación de cargos, en cuyo caso la sentencia será reducida. En este evento el juez debe inquirir al imputado, a la defensa y al fiscal, para cerciorarse de que la aceptación es producto de la propia voluntad del imputado, con pleno conocimiento de las consecuencias. Es conveniente reducir este procedimiento a auto, para tener constancia en acta de lo sucedido, tanto para efectos de transparencia, como para dejar constancia contra cualquier impugnación posterior con base en fraude, coacción o falta de conocimiento de las consecuencias de su aceptación.

Así mismo, durante la Audiencia Preparatoria el juez decidirá sobre las solicitudes de exclusión de pruebas inadmisibles. Por inadmisibles se tienen los medios probatorios que violan alguna regla establecida por el Código.

El Juez debe promover en toda ocasión tales cuestionamientos de parte, teniendo en cuenta la economía procesal y la tranquilidad del juicio.

Si bien es cierto, que la mayoría de solicitudes de inadmisibilidad son proferidas por la parte que se opone a la prueba, habrá ocasiones en las cuales el mismo proponente de determinada prueba promoverá su admisibilidad anticipada, en caso de que tenga duda, por medio de una solicitud en la audiencia preparatoria. El juez puede decidir sobre tal solicitud con toda tranquilidad, ofreciendo al contrincante la oportunidad de réplica y fundamentación.

5.3.4. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA O ILEGAL

La prueba ilícita o ilegal es la que, siendo perfectamente conducente, fue recopilada o descubierta en forma ilegal (o las pruebas descubiertas o derivadas a raíz de tales pruebas), de tal forma que los derechos del imputado serían vulnerados de ser incorporada y valorada en su contra, en el juicio. Si bien es cierto que el juez de garantías ejerce control sobre algunos aspectos de las etapas previas y de la actuación de la Fiscalía y de la policía investigativa, hasta tanto no haya contradicción y la entrada al proceso de la defensa, la ilegalidad de la prueba no se vislumbra en todos los casos.

Es una de las muchas bondades de los esquemas adversariales/orales, donde la defensa, cuyo interés es poner a prueba la teoría del fiscal, puede cuestionar la legalidad de la prueba y poner en evidencia sus defectos. Esto se hace en varias etapas incluyendo en el mismo juicio y el juez tiene una especial encomienda al respecto, ya que es él quien debe respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

En el ambiente acusatorio-adversarial son las partes quienes deben elevar estas cuestiones a la consideración del juez.

Cuando a la parte opositora le es evidente la ilegalidad de algún medio probatorio anterior al juicio, lo cuestiona en la audiencia preparatoria mediante la solicitud de exclusión del mismo.

5.3.5. CONSECUENCIAS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS

El jurista Jesús Ignacio García⁷³ Valencia en texto sobre este tema señaló que en las intervenciones corporales se pueden obtener fuentes de prueba en la medida que ellas se introduzcan al juicio oral y público a través de los medios de prueba correspondientes, con la observancia de las garantías, por esa vía se puede llegar a desvirtuar la presunción de inocencia. Las intervenciones corporales no tienen finalidad diferente que servirle de base a las partes para presentar pruebas en la audiencia del juicio oral y público. Esas pruebas tienen como desideratum bien conservar incólume la presunción de inocencia o desvirtuarla.

Su obtención inadecuada conduce a la aplicación de la cláusula de exclusión. Las intervenciones corporales que se ordenen o practiquen sin previa autorización judicial; sin orden del fiscal salvo casos de extrema urgencia; que su ordenación no esté sustentada en motivos fundados; que su fin no sea obtener elementos materiales probatorios o evidencia física relacionados con la comisión de un delito específico o el descubrimiento de sus autores o partícipes; que no resulte adecuada para el fin que se persigue con ella en la correspondiente investigación; que se practique a pesar de existir un procedimiento o un medio menos lesivo de los derechos fundamentales para lograr el fin buscado con la medida o que sea excesivo frente a la gravedad del delito, el bien jurídico tutelado o los derechos de la víctimas en el caso concreto, deben ser excluidas de la actuación judicial por el juez de control de garantías.

Igualmente, cuando al ejecutar la medida así sea

⁷³ De la página electrónica de la Academia Nacional de Jurisprudencia

pertinente, idónea, necesaria y proporcionada, se vulnere la dignidad humana. Se aplica en estos casos la cláusula de exclusión prevista en el artículo 23 del c.p.p., la cual encuentra su fundamento en el último inciso del artículo 29 de la C.P.

6. CONCLUSIONES

- La función de policía judicial la realizan entidades del estado para apoyar la investigación penal en el campo investigativo, por iniciativa propia o por orden impartida por el fiscal de la investigación, para recaudar elementos materiales probatorios y la evidencia física que permitan determinar la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad de los autores o partícipes.
- Las funciones de policía judicial pueden ser permanentes, como la del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, la Policía Nacional y el D.A.S.; supletorias, especiales y transitorias.
- la Policía Judicial para llevar a cabo las intervenciones corporales debe cumplir con los parámetros legales establecidos en el código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), porque allí se consagraron estas medidas, y sus requisitos para su autorización.
- En nuestra legislación procesal penal el concepto de intervención corporal tiene carácter genérico y en el se comprenden tanto las incidencias superficiales sobre el cuerpo de la persona, como aquellas que tengan una connotación invasiva.
- Se distingue la inspección personal (incidencia superficial sobre el cuerpo de la persona); la inspección corporal (incidencia dentro del cuerpo de la persona) y la extracción de muestras corporales que pueden ser más o menos invasivas según la parte del cuerpo de donde se extraigan.
- Las intervenciones corporales se caracterizan por interferir directamente en el cuerpo y la psiquis de la persona, por

ser una actuación externa que se sobrepone a la voluntad del individuo.

-La procedencia de las intervenciones corporales las decide el juez de control de garantías, quien para autorizar o negar su práctica, aplicará el principio de la proporcionalidad en el caso concreto, examinando la pertinencia, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad estricta de la medida.

- En las intervenciones corporales se pueden ver afectados derechos fundamentales, como a la dignidad humana, libertad personal, intimidad, prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, integridad personal, la no auto incriminación, la autonomía personal, el derecho a la salud.

- Las intervenciones corporales tienen la naturaleza de pruebas periciales, por su carácter jurídico- probatorio y por la necesidad de la presencia de un perito o experto en la materia que oriente al juez a decretar la intervención mas adecuada y la realice sin causar mas daño que el estrictamente necesario y con todas las garantías para que los resultados que se obtengan sean fiables.

-El consentimiento del sujeto pasivo de la intervención corporal facilita su práctica, más no la legitima de manera absoluta, porque al ejecutarla, debe respetarse la dignidad humana y evitar riesgos para la salud o la vida de aquel.

-El recurso a la coacción física para practicar la medida no es admisible porque acudiendo a ese procedimiento se puede afectar la integridad del sujeto e incurrir en tortura o trato degradante. En nuestra legislación, el principio de la obtención coactiva de las fuentes de prueba, permite una coacción razonable que se traduce en medidas de orden correccional.

- La ejecución válida de las intervenciones corporales para que puedan obtenerse a través de ellas fuentes de prueba, que luego se puedan aducir al juicio oral a través de los medios de prueba, implica que se ordenen y ejecuten con el cumplimiento de los requisitos de orden formal y material legalmente previstos.
- La ejecución de las intervenciones corporales es susceptible de control posterior por el juez de control de garantías.
- Las intervenciones corporales específicas como el cacheo o la extracción de muestras de sangre no pueden regirse para su ordenación y práctica por reglas generales que prediquen su admisibilidad en todos los casos. Debe aplicarse a todas ellas en el caso concreto del principio de proporcionalidad.
- El derecho a la prueba obedece al valor de la libertad, como los demás derechos individuales y la verdad que se protege constitucionalmente es la mínima que sea compatible con la máxima realización de los derechos fundamentales.
- Sólo las restricciones a los derechos que autorice la Constitución Política pueden ser legítimas y no existe fundamento constitucional alguno, para restringir estos derechos en aras de la obtención de la prueba.
- La gravedad delictiva que pueda justificar este tipo de medidas debe estar ponderada por la calidad del derecho fundamental comprometido con la conducta desviada objeto del aseguramiento de la prueba.
- La cláusula de exclusión y la figura del Juez de control de Garantías son aspectos cuyo estudio debe surgir desde la

propia Carta y del Bloque de Constitucionalidad, y a partir de allí, sentar las pautas para la recta y efectiva aplicación de las normas del código de Procedimiento Penal, así como de las garantías propias de nuestro sistema Penal.

- En virtud de un análisis del artículo 29 Constitucional, y desde un punto de vista netamente teórico, se tiene que la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso se expande hacia las pruebas que son producto de ella.

- Genera nulidad constitucional en todas aquellas pruebas que provengan de la ilícita, para que sus efectos sean realmente trascendentes y no simplemente retóricos.

- El juez con función de control de garantías surge dentro de la reforma Procesal penal Colombiana como un funcionario imparcial, de control, que ejerce funciones de garantía y asume la protección de los derechos Fundamentales del encausado. Lo que implica una función activa y una de verificación de los actos procesales.

- El juez con función de control de garantías debe verificar la legalidad tanto formal como material, por lo tanto, se convierte en un veedor de éstas en la fase de investigación. En razón de lo anterior, todas aquellas pruebas que se obtengan directa o indirectamente con violación del debido proceso constitucional, han de ser excluidas de la actuación.

- La consecuencia de la ordenación o práctica de las intervenciones corporales sin el lleno de las exigencias legales de orden formal y material, es la aplicación de la cláusula de exclusión por el juez de control de garantías o, en momento posterior, por el juez de conocimiento al

decidir sobre el decreto de las pruebas, por cuanto para proceder a ello debe aplicar el principio de la licitud de la prueba.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, GUILLERMO AUGUSTO. Policía Judicial, ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá 2002.

BUITRAGO RUIZ, ANGELA MARÍA, "El Juez de Garantías y su compromiso con el debido Proceso", revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Junio de 2005. Bogotá.

CARRIO, ALEJANDRO. Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal.

CRUZ, FERNANDO. "La defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho,", San José de Costa Rica, 1989. En Miranda Estrampes.

DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. Módulo de Formación para el C.T.I., Fiscalía General de la Nación, 2008

DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO. La prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la ley 906 de 2004, 2008. Bogotá D. C. Colombia - Volumen IX. - No. 18. - Julio - Diciembre 2006. - ISSN 0121-182X.

ETXEBERRIA, J. F., Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, Madrid, Editorial Trivium, 1999, pág. 64.

GARCIA VALENCIA, JESUS IGNACIO, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, págs. 107 y ss.

GIMENO SENDRA, VICENTE, Derecho Procesal Penal, Madrid, Editorial Colex, 2004.

GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS. "La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio", Editorial Leyer, 2009.

HUERTAS MARTIN, M.I., El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, Barcelona, J.M.Bosch editor, 1999, pág.374.

LLERAS CAMARGO, MIGUEL. Derecho de Policía. Ensayo de una Teoría General, Librería Editorial La Gran Colombia, Bogotá 1943, pág. 23 y ss.

MAGALDI PATERNOSTRO, MARIA JOSE, Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal, Madrid, Consejo General del Poder judicial, 2000.

MONTON REDONDO, A. citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

OSORIO ISAZA, LUIS CAMILO Y GUSTAVO MORALES MARIN, Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, Acta No. 027.

RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, La prueba en el proceso penal, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Navarra, 3ª. Edición, Editorial Aranzadi.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Manual para el Juez de Control de Garantías del Sistema Penal Acusatorio.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Módulo 4 para defensores públicos, la prueba en el sistema penal acusatorio.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Editorial Temis. 2008

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530/92, Mag. Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-484/92, Mag. Ponente, Dr. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-517 de 1998

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1291/01, Mag. Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-490 DE 2002, C-404 de 2003 y C-431 de 2003

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-730 de 2005, MP: Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 822 del 10 de agosto de 2005, M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-789 del 20 de septiembre de 2006, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-806 del 11 de noviembre de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP:Herman Galán Castellanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del 23 de abril de 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Rad. 29416.

LEY 906 DE 2004 – Código de Procedimiento Penal

Ley 769 de 2002

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Manual de la Policía Judicial.

PAGINA WEB [www.fiscalia.gov.co] Manual Único de Policía Judicial. Consejo Nacional de Policía Judicial.

PAGINA WEB [www.acj.org.co] de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, sobre registros personales e inspecciones corporales

PAGINA WEB [www.dian.gov.co], información sobre la policía judicial y aduanera.

PAGINA WEB [www.policia.gov.co], información sobre la policía de infancia y adolescencia

PAGINA WEB [www.policia.gov.co], página de la Policía Nacional.

PAGINA WEB [www.monografias.com].

PAGINA WEB [www.wikipedia.org].

PAGINA WEB [www.jurimprudencias.com].

PAGINA WEB
[www.universidadjaveriana.edu.co/facultades/c_juridica/pub_rev/documents/07-intervencionescorporales_ocu.pdf].